

Anwendungsprobleme
in der Bundesgesetzgebung
über den Erwerb von Grundstücken
durch Personen im Ausland

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

1907

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Gian Gaudenz Lüthi

von

Wohlen AG

genehmigt auf Antrag von

Herrn

Prof. Dr. Hans Michael Riemer

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1987

Der Dekan:

Prof. Dr. Claudio Soliva



DISSERTATION

ANWENDUNGSPROBLEME IN DER BUNDESGESETZGEBUNG ÜBER
DEN ERWERB VON GRUNDSTÜCKEN DURCH PERSONEN IM AUSLAND

Gian G. Lüthi

Herrn Prof. Dr. Hans Michael Riemer möchte ich für seine umsichtige und effiziente Betreuung meinen besonderen Dank aussprechen. Ich danke aber auch Herrn lic. oec. Meinrad Ochsner, Mitarbeiter des Grundbuchinspektorates des Kantons Graubünden, und Herrn lic. oec. Hans Nanzer, stellvertretender Direktor der Schweizerischen Gesellschaft für Hotelkredite, für die zahlreichen Hinweise, sowie meiner Mitarbeiterin, Fräulein Karin Knecht, die für die Reinschrift meiner Arbeit besorgt war. Ein herzliches Dankeschön gebührt aber auch meinen Freunden und Mandanten, die mich zu dieser Arbeit ermuntert haben.

Dedicato alla mia mamma

in grato ricordo del caro papà

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

1. KAPITEL: EINLEITUNG

I. <u>Zielsetzung der Arbeit</u>	1
II. <u>Kurzer historischer Abriss</u>	2
1. Die Nachfrage	2
2. Die Nachfrageintensität als vorübergehende Erscheinung?	5
3. Die einzelnen Etappen vom Bundesbeschluss aus dem Jahre 1960 bis zum Bewilligungsgesetz und die Wirkung der Gesetzgebung in der Praxis	6
4. Einige Bemerkungen zum BewG	8
5. Verfassungsmässigkeit der gesetzlichen Beschränkungen für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland	14
5.1. Die verfassungsmässige Grundlage nach Auffassung des Bundesgesetzgebers	14
5.2. Auslegung der Verfassung	16
5.2.1. Auslegung nach der historischen Methode	17

a) Die Rechtsstellung des Ausländers beim Grundstückerwerb nach der Vereinheitlichung des Zivilrechtes	18
b) Die Rechtsstellung der juristischen Person bezüglich Grundstückerwerb nach der Vereinheitlichung des Zivilrechtes	19
c) Die Rechtsnatur der Vorschriften über den Grundstückerwerb durch Ausländer aus der Sicht des historischen Gesetzgebers	19
5.2.2. Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit nach der objektiv-zeitgemässen Auslegungsmethode	20
a) Das grammatikalische Element	20
b) Das systematische Element	21
c) Das teleologische Element	22
d) Das realistische Element	22
e) Das historische Element	23
5.3. Schlussfolgerungen	24

2. KAPITEL:

VOLLZUG DER LEGES, INSBESONDERE SANKTIONEN BEI VERSTOESSEN

III. <u>Zielsetzung, Arten und Auslösung der vorgesehenen Sanktionsmechanismen</u>	25
A. Sanktionsmechanismen und Zuständigkeiten	25

1. Die Sanktion im allgemeinen	25
2. Spannungsfeld Verwaltungsrecht / Zivilrecht	26
3. Die Auslösung der Untersuchung	28
4. Umgehungsmodelle	29
4.1. Unzureichende Erfassung im Frühstadium	29
4.2. Umgehungen durch natürliche Personen	31
4.3. Umgehungen durch juristische Personen	32
4.3.1. Umgehungen im engeren Sinne	33
4.3.2. Umgehungen im weiteren Sinne	34
IV. <u>Die wichtigsten mit den Sanktionen betrauten Organe</u>	35
1. Befugnis zur Legiferierung	35
2. Behörden	35
a) kantonale Behörden	35
b) Bundesbehörden	36
c) Gerichtsinstanzen	37
d) Effizienz der Ahndungsmechanismen	37
B. Die einzelnen Verfahren	39
V. <u>Verwaltungsrechtliches Verfahren</u>	39
1. Allgemeine Bemerkungen	39

2. Voraussetzungen für die Durchführung des verwaltungsrechtlichen Verfahrens	40
2.1. Die Voraussetzungen	40
2.2. Zur Auskunft- und Editionsspflicht von einer der Geheimhaltungspflicht unterstellten Person	41
2.2.1. Der Tatbestand	41
2.2.2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen	42
3. Anforderungen an den Beweis, dass eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz nicht von Ausländern beherrscht wird	45
4. Das Bewilligungsverfahren bei nachträglichem Verdacht	46
5. Rechtsmittel gegen Verfügungen und Rechtskraft	47
 VI. <u>Die zivilrechtlichen Sanktionen</u>	 50
1. Unwirksamkeit und Nichtigkeit	50
2. Rechtliche Bedeutung der administrativ festgestellten Nichtigkeit für das Zivilrecht	51
3. Die Folgen der Nichtigkeit und die einzelnen zivilrechtlichen Klagen	53

3.1. Die Folgen	53
3.2. Die einzelnen Klagen	54
3.2.1. Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes	54
3.2.2. Klage auf Auflösung der juristischen Person im Sinne von Art. 57 Abs. 3 ZGB	56
4. Die Legitimation zur Klage	60
4.1. auf Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes	60
4.2. auf Auflösung der juristischen Person mit Verfall ihres Vermögens an das Gemeinwesen im Falle von Art. 57 Abs. 3 ZGB	60
5. Die Verjährung der Klagefristen und die sich daraus ergebenden Konsequenzen	61
 VII. <u>Strafrechtliche Sanktionen</u>	 63
1. Einschränkende Bemerkungen	63
2. Die präventive Funktion des Strafrechts auf wirtschaftlichem Gebiet	63
3. Die schrittweise Verschärfung der Strafbestimmungen	64
4. Die einzelnen Straftatbestände nach dem BewG	65
5. Die Immobilienaktiengesellschaft als Tatmittel für Umgehungsgeschäfte	66

VIII. Intertemporalrechtliche Fragen, <u>insbesondere die Frage der Verjährung</u>	69
1. Die Revisionen des Gesetzes	69
2. Problemstellung in Zusammenhang mit den wiederholt geänderten Verjährungsfristen	70
2.1. Geltungsbereich BewG; Verjährungsfragen zur Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes	70
2.2. Der Anknüpfungstatbestand in zeitlicher Hinsicht	70
3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes	72
4. Konsequenzen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	74
IX. <u>Kurze kritische Betrachtung zu den Sanktionen</u>	76
1. Beurteilung der Effizienz der Sanktions- mechanismen gemäss BewB (1961- 1984)	76
2. Die Sanktionen im BewG (seit 01.01.1985) und Vorschläge de lege ferenda	77
X. Ausgewählte Einzelfragen bei der <u>Gesetzesanwendung nach dem BewG</u>	80
1. Vorbemerkung	80

2. Der Anwendungsbereich des Art. 27. Abs. 3 und Art. 33 BewG	80
2.1. Der Sachverhalt	80
2.2. Das Gesetzesmässigkeitsprinzip und die Sanktionen der Verwaltung im Rahmen des BewG	83
2.3. Schlussfolgerungen	85
3. Anwendungsfragen zum Erbrecht im Lichte von Art. 7 lit. a und b BewG	86
3.1. Die gesetzlichen Grundlagen und die Praxis	86
3.1.1. Ausnahme von der Bewilligungspflicht für gesetzliche Erben im Sinne von Art. 7 lit. a BewG	86
3.1.2. Erbverzicht oder Verfügung von Todes wegen z.G. eines Dritten	87
3.1.3. Erwerb durch einen gesetzlichen Erben, der bereits (originär) Eigentümer eines Grundstückes ist	89
3.1.4. Die Bedeutung des Art. 12 lit. c BewG für das Erbrecht	90
3.2. Ausnahme von der Bewilligungspflicht für Verwandte des Veräusserers in auf- und ab- steigender Linie sowie dessen Ehegatte	92
4. Etappierung der Ausländerquote bei Ueberbauungen	93

3. KAPITEL:

KÖRPERSCHAFTEN MIT WIDERRECHTLICHEM ZWECK UNTER BESONDERER BE-
RÜCKSICHTIGUNG VON FRAGEN AUS DEM AKTIENRECHT IM LICHT DES BEWG

X. <u>Vereine und Stiftungen mit widerrechtlichem Zweck</u>	95
1. Begriff der Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 52 Abs. 3 ZGB bzw. Art. 57 Abs. 3 ZGB	95
2. Rechtswidriger statutarischer oder tatsächlicher Zweck bei Vereinen	96
3. Ursprüngliche und nachträgliche Widerrechtlichkeit	98
4. Rechtswidriger, statutarischer oder tatsächlicher Zweck bei Stiftungen	100
5. Ergebnis	101
6. Anwendbarkeit auf Körperschaften des OR	102
XI. <u>Die Aktiengesellschaft mit widerrechtlichem Zweck</u>	103
1. Allgemeines	103
2. Die Eintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister als konstitutives Element für die Entstehung	103
3. Die Heilungstheorie Art. 643 Abs. 2 OR im Verhältnis zur ursprünglichen Widerrechtlichkeit nach Art. 52 Abs. 3 ZGB	105



4. Der Vorbehalt des Art. 59 Abs. 2 ZGB	107
5. Der Tatbestand der nachträglichen Widerrechtlichkeit bei der Aktiengesellschaft	108
6. Die Frage der Klagelegitimation	110
6.1. bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit	110
6.2. bei nachträglicher Widerrechtlichkeit	110
7. Schlussfolgerungen	110
 XII. Die Auslegungsmethoden im Verwaltungsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Akten der <u>Eingriffsverwaltung im Sinne von Art. 57 Abs. 3 ZGB</u>	 112
 XIII. <u>Die vom Bundesgericht eingeschlagene Praxis</u>	 116
1. Bundesgerichtsentscheid 107 I b 12	116
2. Bundesgerichtsentscheid 112 II 1 ff.	118
2.1. Der konkrete Tatbestand	118
2.2. Erwägungen des Bundesgerichtes	119
 XIV. Grundsätzliche Fragen nach den anwendbaren Bestimmungen und Kritik an der bundesgerichtlichen <u>Rechtsprechung</u>	 124
1. Das Verhältnis der Spezialgesetzgebung zum Aktienrecht und zu den allgemeinen Bestimmungen des Körperschaftsrechtes	124

1.1. Art der Widerrechtlichkeit	124
1.2. Die abschliessende Regelung im Spezialgesetz	126
1.3. Art. 57 Abs. 3 ZGB im Verhältnis zu Art. 66 OR	128
2. Das Verhältnis des Aktienrechtes zu den allgemeinen Bestimmungen des Körperschaftsrechtes	129
2.1. Zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB auf Aktiengesellschaften	129
2.2. Die Bedeutung des Vorbehaltes in Art. 59 Abs. 2 ZGB	131
2.3. Ursprüngliche und nachträgliche Widerrechtlichkeit	132
2.3.1. Der Widerspruch zwischen Art. 52 Abs. 3 ZGB und Art. 57 Abs. 3 ZGB	132
2.3.2. Die Bedeutung der Heilungstheorie nach Art. 643 Abs. 2 OR	133
3. Das öffentliche Interesse	135
3.1. Das öffentliche Interesse an der Durchsetzung von Sanktionen	135
3.2. Präventiv- und Pönalcharakter des Art. 57 Abs. 3 ZGB	136
3.3. Klagelegitimation und Vermögensanfall	137
4. Die Diskriminierung der juristischen Person	139
4.1. Natürliche Person und juristische Person	139
4.2. Aktionär und natürliche Person	140
5. Die positivrechtlich geregelte Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB im BewG	140

5.1. Die Bedeutung der positiv-rechtlichen Regelung im BewG	140
5.2. Rückwirkende Anwendung auf Tatbestände des BewB ?	141
6. Perpetuierung der Rechtswidrigkeit durch den fortdauernden Besitz?	141
7. Zur Frage der Verjährung	142
7.1. Die Verjährung nach der Spezialgesetzgebung im Vergleich zu Art. 57 Abs. 3 ZGB	142
7.2. Abgrenzung der Spezialgesetzgebung vom Gesellschaftsrecht?	144
7.3. Intertemporalrechtliche Fragen	145
7.3.1. Die Auffassung des Bundesamtes für Justiz	145
7.3.2. Würdigung	148
8. Schlussfolgerung	150
XV. <u>Eine politische und pragmatische Lösung?</u>	152
1. Die Praxis der Bewilligungsbehörde im Bewilligungs- und Kontrollverfahren	152
2. Der Grundsatz von Treu und Glauben	154
3. Die praxisgerechte, pragmatische Lösung	155

4. KAPITEL:
AUSGEWÄHLTE PROBLEME IM ZUSAMMENHANG MIT DER AUFLAGE
DER BEWIRTSCHAFTUNGSPFLICHT

XVI. <u>Die Auflage und deren Anmerkung im Grundbuch</u>	157
1. Begriffliches	157
1.1. Die Auflage	157
1.2. Die Anmerkung im Grundbuch	158
2. Auflagen und deren Anmerkung nach der Gesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland	159
3. Sanktionen bei Nichterfüllung von Bedingungen und Auflagen	160
XVII. <u>Stockwerkeinheiten in Aparthotels</u>	162
1. Der Begriff "Aparthotel"	162
2. Die Absicht des Gesetzgebers	163
3. Die gesetzlichen Grundlagen	164
4. Exkurs: Das deutsche Bauherrenmodell	167
5. Die Nachfrage nach bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten	170

6. Eindämmung der Spekulation nach den neuen Bestimmungen des BewG	171
 XVIII. Ausgewählte Probleme in Zusammenhang mit <u>Stockwerkeinheiten in Aparthotels</u>	 173
1. Rechtsnatur der Bewirtschaftungspflicht	173
1.1. Allgemeine Bemerkungen	173
1.2. Auflagen und Anmerkungen	174
1.3. Die Aufnahme der Bewirtschaftungspflicht in das Reglement der Stockwerkeigentümergemeinschaft	174
1.3.1. Die Stockwerkeigentümergeinschaft	174
1.3.2. Die grundsätzliche Funktion des Reglementes der Stockwerkeigentümergemeinschaft	176
1.3.3. Die Aufnahme der Bewirtschaftungspflicht ins Reglement der Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft	177
1.4. Der Bewirtschafter	178
1.5. Der Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit	179
2. Rechtsgrundlagen für die Befreiung von der Bewirtschaftungspflicht	181
2.1. Die gesetzlichen Grundlagen	181
2.2. Vergleich der "zwingenden Gründe" mit dem "Härtefall"	181

3. Irrtum in der Ertragserwartung bzw. bezüglich veränderter wirtschaftlicher Voraussetzungen	186
4. Anwendungsbeispiele für eine Befreiung von der Bewirtschaftungspflicht ohne Anrufung der "zwingenden Gründe"	191
4.1. Befreiung unter der Voraussetzung der Einhaltung der bewirtschaftungspflichtigen Quoten gemäss Grundsatzbewilligung	191
4.2. Erwerb einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit durch eine nicht der Bewilligungspflicht unterworfenene Person	194
5. Spannungsfeld zwischen Vertragsfreiheit und Bewirtschaftungszwang	197
5.1. Kündigung des Bewirtschaftungsvertrages durch eine Vertragspartei	197
5.1.1. Rechtsnatur des Bewirtschaftungsvertrages	197
5.1.2. Kündigung des Bewirtschaftungsvertrages und Einhaltung der Auflage	198
5.2. Kündigung des Bewirtschaftungsvertrages durch den Bewirtschafter	199
5.3. Konkurs des Bewirtschafters	201
5.4. Kündigung des Bewirtschaftungsvertrages durch die Eigentümer der bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten	202
5.5. Uneinigkeit zwischen Vertragsparteien über den Vertragsinhalt	203

5.5.1. Bewirtschaftung durch eine andere Hotelanlage	204
5.5.2. "Selbstbewirtschaftung" durch die Stockwerkeigentümer	205
6. Schlussfolgerung	207
 XIX. <u>Würdigung der Aparthotel-Formel</u>	 208
1. Wenig durchdachte Interdependenz zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	208
2. Zweckmässigkeit einer positivrechtlich eingehenderen Regelung	210
 XX. <u>Time-sharing und Ferienrechte</u>	 212
1. Zweckmässigkeit einer neuen Formel für Ferienwohnungen	212
2. Das Time-sharing-Modell	214
2.1. Time-sharing in der Form des Eigentums	214
2.2. Time-sharing als langfristige Miete	215
3. Time-sharing als alternative Finanzierungsformel zu Aparthotels?	217
 THESEN	 218
 ANHANG: Muster eines Bewirtschaftungsvertrages	 223
LITERATURVERZEICHNIS	237

A B K U E R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

a.a.O.	Am angeführten Ort
As	Amtliche Sammlung der eidg. Gesetze
AG	Aktiengesellschaft
BBl	Bundesblatt
BewB	Bewilligungsbeschluss
BewG	Bewilligungsgesetz (in Kraft seit 01.01.1985)
BewV	Bewilligungsverordnung zum Bewilligungsgesetz (in Kraft seit 01.01.1985)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BRB	Bundesratsbeschluss
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
d.h.	das heisst
Kap.	Kapitel
Kt.	Kanton
LdWG	Landwirtschaftsgesetz (SR 910.1)
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
PKG	Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden
Rekurspraxis GR	Rekurspraxis der Regierung des Kantons Graubünden
S.	Seite
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft
SGH	Schweizerische Gesellschaft für Hotelkredite
sh.	siehe

SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
StenBull NR	Stenographisches Bulletin des Nationalrates
u.E.	unseres Erachtens
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
WEG	Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (SR 843)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

K A P I T E L 1

EINLEITUNG

I. Zielsetzung der Arbeit

Diese Arbeit will sich in erster Linie mit ausgewählten Problemen der Gesetzanwendung, insbesondere mit den Sanktionen, befassen, und zwar sowohl in Zusammenhang mit den nunmehr aufgehobenen Bundesbeschlüssen, als auch unter Berücksichtigung des seit 01.01.1985 geltenden Bewilligungsgesetzes. Verschiedenen Problemen in Zusammenhang mit der Gesetzesanwendung wurde im BewG nämlich wiederum zu wenig Beachtung geschenkt, so dass Konflikte und Problemstellungen vorprogrammiert sein dürften. Eine Kommentierung der positiv-rechtlichen Vorschriften wird sich daher im wesentlichen auf jene Bestimmungen beschränken, die Anlass zu Konflikten in der Anwendung bilden können. Dieses Vorgehen lässt sich aus Gründen der Zweckmässigkeit vor allem auch deshalb rechtfertigen, weil die Beschränkung des Grundstückerwerbs durch Ausländer zum einen bereits Gegenstand einer Dissertation war ¹, zum andern aber auch Abhandlungen und Schriften vorliegen, auf die allenfalls im Rahmen der sich stellenden Fragen in dieser Arbeit zurückzukommen sein wird.

¹ Rechsteiner

II. Kurzer historischer Abriss

1. Die Nachfrage

Aus verschiedenen Gründen, auf die wir hier nicht näher eingetreten wollen, übt der Erwerb von Grundstücken in unserem Land vor allem auch bei Personen mit Wohnsitz im Ausland seit Jahrzehnten eine unverminderte, grosse Anziehungskraft aus. Ohne gesetzliche Einschränkungen des freien Marktes würde dies zu politischen, wirtschaftlichen und sozialen Problemen führen. Allein mit planerischen Mitteln war und ist einem drohenden Ausverkauf nicht beizukommen. Eine den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland stark einschränkende Gesetzgebung ist daher zu begrüssen, ja aus volkswirtschaftlichen und staatspolitischen Gründen geradezu geboten. Um die Gesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland zu begreifen, erscheint es zweckmässig, die Ausgangslage zu Beginn der 60er-Jahre wiederzugeben.

Statistische Angaben - mit Ausnahme des Kantons Zürich - über erfolgte Veräusserungen von Grundstücken an Personen mit Wohnsitz im Ausland vor Einführung der Bewilligungsbeschlüsse fehlen, wie auch der Bundesrat festhielt ². Wie bereits oben ausgeführt, sind Grundstückverkäufe an Personen mit Wohnsitz im Ausland wohl kaum bloss eine Erscheinung der späteren 50er-Jahre. Es ist indessen davon auszugehen, dass wohl zu jener Zeit erstmals eine Intensivierung der Nachfrage festgestellt wurde, und dass sich im Anschluss daran auch Handänderungen stark vermehrten. Wegen der fehlenden statistischen Angaben ist auch eine geographische Lokalisierung der Nachfrage nicht möglich. In erster Linie dürfte sich wohl auch damals das aus-

² BBl. 1960 II / 1263

ländische Interesse auf Ferienhäuser, Altersresidenzen, Miethäuser, aber auch auf Bauland als Kapitalanlage in Fremdenverkehrsorten konzentriert haben. Jedenfalls führte die vermehrte Nachfrage im Vorfeld der Einführung des Bundesbeschlusses von 1961 ³ zu verschiedenen Vorstössen auch im Parlament ⁴.

Das Entstehen eines "Politikums" in Zusammenhang mit der Bodenüberfremdung wird von Delley unseres Erachtens zutreffend dargelegt; danach erregte in der öffentlichen Meinung der Boom der Grundstückskäufe durch Ausländer zunächst Aufsehen. "Diese Erscheinung hat eine ganze Reihe von negativen Auswirkungen: Anstieg der Boden- und Baupreise sowie der Mietzinse, Inflation, Beeinträchtigung der Umwelt und des Landschaftsbildes. In bestimmten Gegenden - z.B. im Tessin - in welchen es zu einer Konzentration der Erscheinung kommt, befürchtet man die Ueberfremdung, das heisst, einen Identitätsverlust." ⁵ Delley folgert daraus, dass zwei wichtige Elemente des Bodens gefährdet sind: zum einen der Boden als Garant für die Freiheit des Einzelnen und als Grundlage der Wirtschaftstätigkeit, zum andern der Boden als kollektives Gut in Verkörperung der Heimat und als Gewährleistung von Souveränität und Identität des Staates. ⁶

Zunächst wurde versucht, mit anderen Mitteln diese Veräusserungen zu begrenzen. So richtete etwa die Nationalbank am 8. Dezember 1959 ein Kreisschreiben an die Banken, worin sie letztere aufforderte, grössere Zurückhaltung bei der Gewährung von Hypothekendarlehen an Personen im Ausland zu üben. Es liegt auf der Hand, dass - selbst wenn dieser Empfehlung Folge

³ Sog. "Lex von Moos"

⁴ Beachte die ausführliche Wiedergabe bei Delley / Derivaz / Mader / Morand / Schneider, S. 26

⁵ Delley / Derivaz / Mader / Morand / Schneider, a.a.O., S. 27

⁶ A.a.O., S. 27

geleistet worden wäre - dieser Massnahme wegen der bestehenden Liquidität ausländischer Investoren wohl kaum der angestrebte Erfolg beschieden gewesen wäre. Noch im Juni 1960 wandte sich deshalb der Bundesrat an die Kantone, um diesen zu empfehlen, von den bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten des kantonalen Rechts zur Eindämmung von Verkäufen konsequent Gebrauch zu machen, zumal dem Bund für allfällige Interventionen die gesetzliche Grundlage fehle. Aus der Sicht des Bundesrates dachte man wohl in erster Linie an planungsrechtliche Möglichkeiten; etwa zu jener Zeit setzte nämlich eine intensivere Gesetzgebungstätigkeit im Planungsrecht auf kantonaler, insbesondere aber auch auf kommunaler Ebene, ein. Der Gründe, warum einem solchen Unterfangen kein Erfolg beschieden sein konnte, sind viele; es seien hier nur einige angeführt: Fehlende gesetzliche Grundlagen auch auf kantonaler Ebene, Ueberforderung von Gemeinden (so etwa im Kanton Graubünden, wo vielerorts sogar noch effiziente Bauordnungen fehlten) und etwa berechtigte Zweifel an der Verfassungsmässigkeit einer Schlechterstellung von Rechtssubjekten ohne klare bundesrechtliche Regelung ⁷.

Ganz offensichtlich stellte sich der Bundesrat auf den Standpunkt, zum Erlass von entsprechenden Vorschriften nicht zuständig zu sein, weil eine verfassungsmässige Grundlage fehlte. Aufgrund eines Gutachtens von Prof. Imboden änderte aber die Behörde ihre Auffassung. Auf die Frage der Verfassungsmässigkeit ist indessen weiter unten noch zurückzukommen. Hinzu kam, dass aus Kreisen des Nationalrates Bestrebungen im Gange waren, um eine Verfassungsinitiative zu lancieren. Schliesslich erschallte auch der Ruf nach Massnahmen gegen den sogenannten Ausverkauf der Heimat in der schweizerischen Oeffentlichkeit immer lauter. Dem Bundesrat schien wohl aus all diesen Gründen Eile geboten.

⁷ Vgl. auch entsprechende Ausführungen in StenBull NR 1961/24

Bereits im Spätherbst 1960 lag ein vom Bundesrat genehmigter Entwurf vor. Weder die Kantone noch andere interessierte Kreise wurden angehört.

2. Die Nachfrageintensität als vorübergehende Erscheinung?

Ganz offensichtlich herrschte die Auffassung vor, eine gesetzliche Beschränkung für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland sei nur vorübergehend erforderlich; auch in den parlamentarischen Voten im Rahmen der Beratung im Nationalrat kam dies klar zum Ausdruck. So führte etwa der Berichtserstatter in der Eintretensdebatte vom 09.03.1961 wörtlich aus: "Die Vorlage, die wir zu beraten uns anschicken, stellt einen Versuch dar, eine unliebsame Erscheinung der Gegenwart, die durch finanzielle, wirtschaftliche, konjunkturelle und politische Faktoren bedingt ist, vorübergehend, soweit möglich, auf ein tragbares Mass der schädlichen Auswirkungen zu beschränken" ⁸. Im Parlament wurde auch darauf verwiesen, dass eine Beschränkung des Grundstückerwerbs durch Personen mit Wohnsitz im Ausland international betrachtet nicht eine schweizerische Neuschöpfung sei. In der Tat bestehen auch in anderen Ländern - etwa Dänemark, Schweden, Norwegen, Island, Fürstentum Liechtenstein - mehr oder weniger strenge Vorschriften ⁹. Die Erfahrung in diesen 25 Jahren hat indessen klar gezeigt, dass von einer vorübergehenden Erscheinung, die durch eine Aenderung der Verhältnisse wieder hinfällig werden würde, nicht die Rede sein kann. Demnach kann auch nicht mehr von einem sogenannten "Zeitgesetz" gesprochen werden. Unabhängig von konjunkturellen und politischen Schwankungen, die sich regelmässig entsprechend auf die Nachfrage auswirken, setzte

⁸ StenBull NR 1961 / 24

⁹ StenBull NR 1961 / 25; vgl. auch Rechsteiner

sich auch im Nationalrat die Erkenntnis durch, nunmehr den befristeten Bundesbeschluss durch ein Bundesgesetz zu ersetzen.

3. Die einzelnen Etappen vom Bundesbeschluss aus dem Jahre 1960 bis zum Bewilligungsgesetz und die Wirkung der Gesetzgebung in der Praxis

In der neueren Geschichte der schweizerischen Eidgenossenschaft wurde erstmals am 23. März 1961 der Erwerb von Grundstücken durch Personen mit Wohnsitz im Ausland der Bewilligungspflicht unterworfen. Die Zulässigkeit für den Erwerb wurde davon abhängig gemacht, dass der Erwerber ein "berechtigtes Interesse" haben müsse. Diese sogenannte Lex von Moos wurde dann 1966 und 1971 ohne grundsätzliche Änderungen, aber mit einigen Präzisierungen um jeweils weitere fünf Jahre verlängert. Der unbestimmte Begriff des "berechtigten Interesses" wurde von den zuständigen kantonalen Bewilligungsbehörden sehr unterschiedlich interpretiert und angewandt; ein wirksamer Schutz des einheimischen Bodens vor Ueberfremdung konnte damit gesamtschweizerisch nicht erzielt werden, da kantonalen und sogar örtlichen Partikularinteressen in oft exzessiver Weise Rechnung getragen wurde.

Dazu wurde im Parlament ausgeführt, dass im Vergleich zu 1961 im Jahre 1981 "rund das Fünffache an Bewilligungen erteilt wurde, während der Wert um rund das sechseinhalbfache anstieg" ¹⁰. Von 1961 bis 1981 wurden für Fr. 15 Mia. Grundstückverkäufe an Ausländer bewilligt, was einer Fläche von 56,5 km² entspricht, wobei an der Spitze mit rund 80 % an Bewilligungen die Kantone Wallis, Waadt, Tessin und Graubünden standen ¹¹.

¹⁰ StenBull NR 1983/23

¹¹ Vgl. die entsprechenden Ausführungen im Nationalrat, StenBull NR 1983/130

Forderungen nach einer strengeren und restriktiveren Praxis wurden denn auch insbesondere aus Kreisen der erwähnten Kantone laut.

Zum Schutz der Währung hatte der Bundesrat 1972 gestützt auf Notrecht den revidierten Bundesbeschluss für rund 1 1/2 Jahre sistiert und die Anlage von ausländischen Kapitalien in Schweizer Grundstücke untersagt (sog. "Lex Celio"). Im Parlament wurde mit einigem Recht darauf hingewiesen, dass unter diesem Notrecht "eine beträchtliche Abnahme der Bewilligungen nach Anzahl, Fläche und Wert" ¹² eintrat. Die bedeutende Eindämmung dürfte wohl nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, dass dieser Bundesratsbeschluss einheitlich für die ganze Schweiz galt, ohne dass Kantonen und Gemeinden ein grösserer Spielraum hätte zugestanden werden müssen. Hinzu trat, dass zum Schutze der Währung eine einheitliche Lösung getroffen werden musste, ohne dass sich eine Berücksichtigung von örtlichen Interessen aufgedrängt hätte.

Die Lex von Moos hingegen erwies sich - wie bereits erwähnt - als stumpfe Waffe. Im Jahre 1974 folgte deshalb die "Lex Furgler", die den früheren Bundesbeschluss verschärfte. Um eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten, wurde insbesondere die Aufsicht über die Kantone verstärkt. Die in diesem Bundesbeschluss vorgesehene Bewilligungssperre wurde aber durch eine bundesrechtliche Verordnung mit so vielen Ausnahmen durchlöchert, dass das angestrebte Ziel - nämlich die Reduktion der Zahl von Bewilligungen - nicht erreicht wurde. Im Gegenteil, die Zahl der Bewilligungen für Ferienwohnungen an Fremdenverkehrsorten übertraf alle früheren. Ganz besonders über anonyme Gesellschaften wurden zudem verschiedene Umgehungsgeschäfte getätigt. Das Bundesgericht hatte sich wieder-

¹² StenBull NR 1983/125

holt damit auseinanderzusetzen. Ausserdem musste vom Gesetzgeber einer Sensibilisierung in der Bevölkerung Rechnung getragen werden. Einer knapp verworfenen Volksinitiative ¹³ wurde ein Bundesgesetz gegenübergestellt. Auch dieses Gesetzeswerk wurde nach dem damaligen Vorsteher des EJPD benannt und ist unter dem Namen "Lex Friedrich" bekannt ¹⁴.

4. Einige Bemerkungen zum BewG

In den Beratungen zum BewG wurde die Auffassung vertreten, dass die neue Rechtssetzung durch Kantone und Gemeinden verursacht worden sei, die es in den vergangenen Jahren nicht verstanden hätten, das gesunde Mass zu wahren. Diese Kritik wird zumindest teilweise wohl zutreffen. "In diesem Zusammenhang kann hingewiesen werden auf die large Anwendung der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken in Fremdenverkehrsorten. Nebst der Verschärfung der Bewilligungsvoraussetzungen für den Erwerb von Ferienwohnungen ermächtigte man die Kantone gleichzeitig, Ausnahmegewilligungen zu erteilen, die dann vielerorts zur Regel wurden." ¹⁵ Ganz eindeutig wird hier die mangelnde Disziplin in der Anwendung durch Kantone und Gemeinden angesprochen; darauf wird noch zurückzukommen sein. Grundsätzlich kann aber daraus geschlossen werden, dass der BewB bei rigoroser Anwendung dem gesteckten Ziel zumindest besser hätte gerecht werden können.

Welche Neuerungen wurden nun im Verhältnis zu den bisherigen Bundesbeschlüssen eingeführt? Zunächst ist zu bemerken, dass

¹³ Volksinitiative gegen den Ausverkauf der Heimat vom 20. Oktober 1979, eingereicht in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs. Sie zielte im wesentlichen auf ein umfassendes Verbot von Grundstückverkäufen an Ausländer ab.

¹⁴ BewG, in Kraft seit 01.01.1985

¹⁵ StenBull NR 1983/125

am System der Bewilligungspflicht festgehalten wurde. Auch im Parlament wurde die Auffassung vertreten, dass das Institut der Bewilligungspflicht "nach wie vor das geeignete und flexible Instrument zur Steuerung des Grundstückerwerbs durch Personen im Ausland ... (ist) ... und sich im Laufe der vergangenen drei Jahrzehnte in der Praxis durchgesetzt" ¹⁶ hat. Dieses Bewilligungssystem besteht im wesentlichen aus zwei Elementen, nämlich aus einem subjektiven und einem objektiven. Zum einen werden die bewilligungspflichtigen Rechtsgechäfte (objektives Element), zum andern die Personen definiert, die dieser Bewilligungspflicht unterliegen (subjektives Element).

Erwähnenswert zum BewG erscheinen an dieser Stelle noch folgende Punkte:

- a) Erstmals wird im Art. 1 klar der Gesetzeszweck umschrieben. Er besteht einzig und allein darin "... die Ueberfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern." (Art. 1 BewG). Diese Zweckumschreibung ist derart klar und unmissverständlich, dass ein anderer Sinn und Zweck und mithin jede weitergehende Interpretation bezüglich Gesetzesanwendung ausgeschlossen ist. Unzulässig ist es somit, mit dem BewG etwa Ziele der Raumplanung oder aber gar des Natur- und Heimatschutzes zu verfolgen. Diese Feststellung ändert selbstverständlich nichts daran, dass das BewG gewiss nach wie vor auch mit ein Mittel der Bodenpolitik in unserem Land darstellt. Diese klare Umschreibung hat aber zur Folge, dass etwa bei Wegfall der gesetzes-spezifischen Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung - etwa die weiter unten noch zu besprechenden Auflagen und Bedingungen - bei einer Rückübertragung des Grundeigentums auf einen Erwerber, der der Bewilligung nicht bedarf, diese Eigentumsbeschränkungen

¹⁶ StenBull NR 1983/125

wegfallen, und zwar unabhängig davon, ob dadurch wirtschaftliche Interessen Dritter berührt werden ¹⁷.

Das Gesetz ist in sechs Kapitel gegliedert: Zweck und Grundsätze (Art. 1 - 3 BewG), Bewilligungspflicht (Art. 4 - 7 BewG), Bewilligungs- und Verweigerungsgründe (Art. 8 - 14 BewG), Behörden und Verfahren (Art. 15 - 24 BewG), Sanktionen (Art. 25 - 35 BewG) sowie Schlussbestimmungen (Art. 36 - 40 BewG).

- b) Die Befugnis zur Legiferierung bleibt nach wie vor beim Bund. Unzutreffend ist daher die auch im Parlament vertretene Auffassung, wonach das Gesetz die Eigenverantwortung der Kantone steigere ¹⁸, zumindest was die Erweiterung von Kompetenzen anbetrifft. Der Bundesgesetzgeber hat die Bewilligungsgründe abschliessend geregelt. Es besteht aber die Möglichkeit für die Kantone, zusätzliche kantonale Bewilligungsgründe einzuführen, wobei aber wiederum die entsprechenden Voraussetzungen im Bundesrecht geregelt sind ¹⁹. Von praktischer Bedeutung ist im Verhältnis Bund / Kantone die Kompetenz von letzteren, weitergehende Beschränkungen einzuführen oder gar eine Bewilligungssperre durch Gesetz zu bestimmen. Relativiert wird diese Befugnis indessen durch die neu im BewG eingeführte Kompetenz der Gemeinden, dieselben Einschränkungen einführen zu können. Von dieser Möglichkeit haben sowohl Kanton als auch Gemeinden insbesondere im Kanton Graubünden ausgiebig Gebrauch gemacht ²⁰. Mit dieser Ausweitung der Einschränkungen wird aber unter anderem auch der Rechtsanspruch auf eine Bewil-

¹⁷ Vgl. etwa hiezu Kap. 4 dieser Arbeit, in der in Zusammenhang mit Aparthotels auf die verfügbaren Auflagen eingetreten wird

¹⁸ StenBull NR 1983/125

¹⁹ Art 9 BewG

²⁰ So etwa im Oberengadin, wo in allen Gemeinden die sogenannte Quote 0, d.h. eine absolute Bewilligungssperre gilt.

ligung stark relativiert, auch wenn die übrigen Voraussetzungen des BewG erfüllt werden.

- c) Den Kantonen wird nach wie vor im wesentlichen der Vollzug des Gesetzes übertragen ²¹, wobei aber gewisse Vorbehalte z.G. der Bundesbehörden bestehen ²². Neu ist zudem, dass den Gemeinden ein Beschwerderecht zusteht. Die Aufsicht über den Vollzug durch die Kantone hat grundsätzlich keine Aenderung erfahren; dem Bundesamt für Justiz steht das bereits auch im BewB verankerte Recht zur Beschwerdeführung zu.
- d) Als wichtigste Neuerung ist unseres Erachtens die Einführung einer Kontingentierung zu betrachten. Demnach setzt der Bundesrat nach Anhörung der Kantonsregierungen jeweils für zwei Jahre die jährlichen Bewilligungskontingente fest; die Höchstzahl wird sodann schrittweise herabgesetzt, allerdings unter gewissen volkswirtschaftlichen und staatspolitischen Vorbehalten. Die erstmals festgelegte Höchstzahl im Jahr 1985 darf indessen nicht mehr überschritten werden.

Dieses System der Kontingentierung bietet den grossen Vorteil, dass damit eine gesamtschweizerische Eindämmung der Grundstückverkäufe an Personen mit Wohnsitz im Ausland erreicht wird. Hinzu kommt, dass dem Bundesrat ein spezifisch wirksames Lenkungsinstrument in die Hand gegeben wird, um auch den sich jeweils ergebenden volkswirtschaftlichen und staatspolitischen Gegebenheiten gebührend Rechnung zu tragen. Die Regelung der Kontingentierung wurde dem sogenann-

²¹ Vgl. Kap. 3 des BewG, Art. 15 - 20 BewG

²² Vgl. etwa Art. 16 und 21 BewG

ten Quotensystem ²³ vorgezogen; damit wurde praktisch auf eine örtliche und objektbezogene Höchstgrenze verzichtet, was ein "quantitativ fassbares Verhältnis zwischen in- und ausländischem Grundeigentum" ²⁴ verunmöglicht. Die Quotenregelung hätte aber den Nachteil gehabt, dass eine Mehrheit der Ferienorte in touristischen Regionen keine Verkäufe an Ausländer mehr hätten tätigen können. Wenn auch einerseits angesichts der leider festgestellten Exzesse eine solche Unmöglichkeit kurzfristig auch wünschbar erscheinen mag, so ist doch andererseits bei Bundesgesetzen darauf zu achten, dass diese nicht bei jeder Aenderung der konjunkturellen Verhältnisse angepasst werden müssen. Hinzu kommt, dass das Quotensystem unter Umständen einen nicht erwünschten Boom in heute noch nicht touristisch stark genutzten Orten nach sich gezogen hätte.

Für die Verteilung der Kontingente innerhalb eines Kantonsgebietes sind die Kantone zuständig, sofern - wie bereits oben ausgeführt - die Gemeinden nicht eine restriktivere Regelung getroffen oder aber ein absolutes Veräusserungsverbot verfügt haben.

- e) Das Bundesgesetz wurde am 01.01.1985 in Kraft gesetzt. Der verfeinerten Rechtsprechung des Bundesgerichtes, den gemachten Erfahrungen in Zusammenhang mit zutage getretenen Unzulänglichkeiten wurde zumindest teilweise Rechnung getragen. Zwecks Vorbeugung von Missbräuchen wurden unter anderem auch Aparthotels genauer definiert; auch wenn dieser

²³ Das Quotensystem sah örtliche eventuell objektbezogene Höchstgrenzen an ausländischem Eigentum vor, wobei als Abgrenzungskriterien Fläche, Steuerwert und Anteil am Gesamtwohnungsbestand herangezogen werden. Die Kontingentierung hingegen sieht eine gesamtschweizerische Beschränkung vor, wobei den einzelnen Kantonen Teilkontingente zugewiesen werden.

²⁴ StenBull NR 1983/125

"Aparthotel-Formel" aus verschiedenen Gründen, auf die noch weiter unten einzutreten sein wird, zumindest in absehbarer Zeit wohl kaum eine grosse Bedeutung zukommen dürfte ²⁵, ist diese nun erfolgte Begriffsumschreibung zu begrüßen. Gestützt auf Art. 36 Abs. 1 des BewG erliess der Bundesrat die erforderlichen Ausführungsbestimmungen, in denen im wesentlichen zum einen Begriffe näher definiert werden, zum andern aber auch Verfahrensfragen geregelt sind ²⁶. Die Kantone ihrerseits sind ebenfalls verpflichtet, entsprechende Bestimmungen zu erlassen, die dem Bundesrat zur Genehmigung zu unterbreiten sind. Machen auch die Gemeinden von ihrem Recht zum Erlass einschränkender Bestimmungen Gebrauch, so haben sie diese dem Bundesamt für Justiz zur Kenntnis zu bringen. Auf diese Weise wird wiederum eine einheitliche Gesetzesanwendung auf dem Gebiete der ganzen Eidgenossenschaft gewährleistet.

Da ausgewählte Vollzugsprobleme noch weiter unten eingehender behandelt werden ²⁷, kann an dieser Stelle auf eine besondere Erwähnung oder Kommentierung verzichtet werden. Sinnvoll erscheint, nachfolgend noch kurz auf die Frage der Verfassungsmässigkeit von BewB und BewG einzutreten, da auch in Zusammenhang mit der Einführung des BewG die verfassungsrechtlichen Grundlagen nicht geändert wurden.

²⁵ Vgl. hiezu Kap. 4 dieser Arbeit

²⁶ VO über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 01.01.1984 (BewV)

²⁷ Vgl. Kap 2 und 3

5. Verfassungsmässigkeit der gesetzlichen Beschränkungen für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland

5.1. Die verfassungsmässige Grundlage nach Auffassung des Bundesgesetzgebers

In der geltenden Bundesverfassung ist die Zuständigkeit für den Erlass von gesetzlichen Vorschriften für den Erwerb von Grundstücken durch Personen mit Wohnsitz im Ausland nirgends ausdrücklich geregelt worden. Sowohl Bundesbeschluss als nunmehr auch Bewilligungsgesetz wurden gestützt auf die Art. 20, 64 und 64bis der Bundesverfassung ²⁸, der BewB ausserdem unter Hinweis auf Art. 89bis Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung ²⁹ (BV), erlassen.

Entscheidend für die Begründung seiner Kompetenz betrachtet der Gesetzgeber Art. 64 BV, in dem unter anderem festgehalten wird, dass dem Bund die Gesetzgebung über das gesamte Zivilrecht zusteht. Ob diese Grundlage ausreicht, wird noch weiter unten kurz zu prüfen sein. Unbestritten dürfte hingegen sein, dass gestützt auf Art. 20 BV der Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland in der Nähe von militärischen Anlagen aus Gründen der Landesverteidigung untersagt werden kann ³⁰. Unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen über Art. 64 BV dürfte auch die Rechtsgrundlage für die Durchsetzung und für allfällige strafrechtliche Sanktionen gestützt auf Art. 64bis BV kaum zur Diskussion stehen.

²⁸ Vgl. jeweils Ingress zum BewB und zum BewG

²⁹ Vgl. jeweils Ingress zum BewB

³⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BewG, Art. 2 Abs. 2 BewV in Verbindung mit Art. 12 lit. e) BewG, Art. 16 Abs. 3 BewG sowie Art. 13 und 14 BewV

Nach Art. 64 Abs. 2 BV ist der Bund zur Gesetzgebung "auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechtes befugt" (Art. 64 Abs. 2 BV). In der Botschaft vom 15. November 1960 ³¹ berief sich der Bundesrat ausdrücklich darauf und führte insbesondere aus, dass der Bund demnach befugt sei, zum Zwecke einer wünschbaren oder gebotenen Ergänzung des Privatrechtes einzelne Rechtssätze zu erlassen. Diese seien durch die erwähnte Verfassungsbestimmung gedeckt. Immerhin räumt der Gesetzgeber ein, dass die Bewilligungspflicht nach ihrem Zwecke Öffentliches Recht darstelle, zumal sie ja eine öffentlich-rechtliche Beschränkung der Eigentums- und Vertragsfreiheit zur Folge hat. Allerdings sei aber die Verknüpfung mit dem Zivilrecht dergestalt, dass sich daraus eine Subsumtion unter Art. 64 Abs. 2 BV durchaus vertreten liesse. Auch würden weder die Eigentumsgarantie, noch die Handels- und Gewerbefreiheit oder aber das Gleichbehandlungsgebot, das aus Art. 4 BV fliesst, unterlaufen. Schliesslich müsse auch berücksichtigt werden, dass eine Ueberlassung der Materie und der Legiferierung an die Kantone allein dem Postulat der einheitlichen Rechtsanwendung und der derogatorischen Kraft des Bundesprivatrechts entgegenstehen würde.

In den eidgenössischen Räten führte diese Auffassung zu intensiven Debatten. Trotz starken Bedenken in bezug auf die Verfassungsmässigkeit und gestützt auf ein Gutachten von Prof. Max Imboden schlossen sich schliesslich National- und Ständerat der Argumentation des Bundesrates an. Denselben rechtlichen Standpunkt nahmen die Räte wie bereits angedeutet auch im Rahmen der Beratungen für das seit 1. Januar 1985 geltende Bundesgesetz ein. In seiner Botschaft zum Bundesgesetz vertritt der Bundesrat zusätzlich die Auffassung, dass als weitere Verfassungsgrundlage die allgemeine Zuständigkeit

³¹ BBl 1960 II 1273 ff.

des Bundes im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten dienen könne. Wohl würden mit der Bewilligungspflicht keine Beziehungen zu Drittstaaten geregelt; indessen decke die Kompetenz zur Regelung der auswärtigen Angelegenheiten auch Massnahmen gegenüber Einzelpersonen, wenn damit als Zielsetzung die Behauptung der nationalen Unabhängigkeit verfolgt werde. Der Anknüpfungspunkt des "Wohnsitzes oder Sitzes im Auslande" sei grenzüberschreitend ³². Auch dieser Standpunkt wurde von beiden Kammern übernommen.

5.2. Auslegung der Verfassung

In seiner bereits erwähnten Dissertation setzt sich Rechsteiner ausführlich mit der Frage auseinander, ob die Auffassung der eidgenössischen Räte einer Verfassungsauslegung standhalten kann, und zwar sowohl unter Berücksichtigung der historischen als auch der objektiv-zeitgemässen Auslegungsmethode ³³. Rechsteiner kommt dabei zum selben Schluss wie der überwiegende Teil der Lehre. Danach widerspricht die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer der BV ³⁴. Unter Berücksichtigung der bestehenden Literatur kann auf eine ausführliche Analyse verzichtet werden; in starker Anlehnung an Rechsteiner ³⁵ erfolgt an dieser Stelle somit eine knappe Zusammenfassung, da die Ansicht des Verfassers dieser Arbeit sich im wesentlichen mit jener des erwähnten Autors deckt.

³² BB1 1981 II 639

³³ Rechsteiner, S. 49 ff.; zu den Auslegungsmethoden auch Meier-Hayoz, N. 132 ff. zu Art. 1 ZGB

³⁴ Vgl. zur herrschenden Lehre die Aufzählung bei Rechsteiner, S. 53

³⁵ A.a.O.

5.2.1. Die Auslegung nach der historischen Methode

Zur Auslegung nach der historischen Methode drängt sich eine kurze Weiterung aufgrund der Lehre und der neueren Praxis auf.

Nach Riemer ist es grundsätzlich nicht entscheidend, "was sich seinerzeit der historische Gesetzgeber bzw. die Mitglieder der betreffenden Organe und sonstigen Gremien mit Bezug auf den Inhalt eines Gesetzes subjektiv vorgestellt hatten." ³⁶ Die Gesetzesmaterialien können daher für die Auslegung nicht verbindlich sein, können aber als "Indizien zur Ermittlung des objektiven Sinns einer Gesetzesbestimmung beitragen. Dabei räumt Riemer der objektiv-historischen gegenüber der objektiv-zeitgemässen Methode den Vorrang ein, sofern die Materialien kritisch gewürdigt und berücksichtigt werden ³⁷. Entscheidend ist eine Feststellung Riemers, wonach im konkreten Fall eine Abwägung vorgenommen werden muss, "welche Antwort auf die Frage gilt, welches Element das stärkere Gewicht hat bzw. das sachlich überzeugendste ist und zur gerechtesten Lösung führt (ethisches Element)." ³⁸ eine Auslegung unter Berücksichtigung der verschiedenen Elemente erfolgt weiter unten; angesichts der sich hier stellenden Frage der Zuordnung der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht erscheint eine kurze kritische Würdigung der Gesetzesmaterialien als geboten, da gerade bei dieser Betrachtung der Werdegang des Art. 64 Abs. 2 BV und sein damaliger Sinngehalt wertvolle Hinweise bietet.

³⁶ Riemer, Einleitungsartikel, § 4, S. 41 ff und ausserdem BGE 91 I b 103, aber auch Imboden / Rhinow, a.a.O., S. 130, und BGE 112 II 4 mit Verweisen

³⁷ A.a.O., S. 43

³⁸ A.a.O., S. 44 f

Weder in der Bundesverfassung aus dem Jahre 1848 noch in jener von 1874 wurde dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung über das Zivilrecht im wesentlichen zugewiesen. Mit der Verfassungsnovelle aus dem Jahre 1898, die dann zur Einführung von Art. 64 Absatz 2 BV führte, wurde die Zuständigkeit des Bundes begründet. In der die Novelle begleitenden Botschaft des Bundesrates wurde aber der Begriff des Zivilrechtes nicht definiert ³⁹. Dieser Begriff ergibt sich nun nicht einfach schon allein aus dem Wortlaut der Verfassung; heranzuziehen sind vielmehr auch die Gesetzesmaterialien. Entscheidend für die vorliegende Frage ist daher, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Gesetzgeber das Recht, Grundeigentum zu erwerben, als Gegenstand des Zivilrechtes verstand ⁴⁰. Aus diesen Gesetzesmaterialien ergibt sich dann letztlich, ob sich die Auffassung von Bundesrat und Parlament, die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland dem Zivilrecht unterzuordnen, historisch abstützen kann.

a) Die Rechtsstellung des Ausländers beim Grundstückerwerb nach der Vereinheitlichung des Zivilrechtes

Der Gesetzesredaktor des Zivilgesetzbuches (ZGB), Eugen Huber ⁴¹, und nach ihm auch verschiedene Referenten im Nationalrat ⁴² vertraten die Ansicht, dass die verschiedenen kantonalen Beschränkungen der Rechtsfähigkeit, welche an die Staatsangehörigkeit anknüpften, aufgehoben werden sollten. Auch in der Lehre wurde diese Auffassung mit

³⁹ Rechsteiner, S. 55

⁴⁰ Rechsteiner, S. 55

⁴¹ Huber, Erläuterungen, 45 - 48

⁴² StenBull 1905, insbesondere 453

Nachdruck vertreten ⁴³. Somit hatte die Einführung eines vereinheitlichten ZGB eine Verbesserung der Rechtsstellung des Ausländers zur Folge, der nunmehr auch ohne Einschränkung Grund und Boden in der Schweiz erwerben konnte.

b) Die Rechtsstellung der juristischen Person bezüglich
Grundstückserwerb nach der Vereinheitlichung des
Zivilrechtes

Vor Inkrafttreten des ZGB war die Erwerbsfähigkeit der juristischen Person bezüglich des Erwerbs aus Schenkungen, letztwilligen Verfügungen oder von Grundstücken beschränkt. Bei der parlamentarischen Beratung stellte sich dann Eugen Huber auf den Standpunkt, die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Liegenschaften durch juristische Personen stelle nicht Zivilrecht im Sinne von Art. 64 Absatz 2 BV dar, sondern sei vielmehr dem öffentlichen Recht zuzuweisen ⁴⁴ und zwar insbesondere dann, wenn die Erwerbsbeschränkungen für Grundeigentum durch juristische Personen öffentlichen Interessen dienten.

c) Die Rechtsnatur der Vorschriften über den Grundstückserwerb
durch Ausländer aus der Sicht des historischen Gesetzge-
bers

Von allem Anfang an bestand der Wille des Gesetzgebers, die bisherigen kantonalen Beschränkungen der Rechtsfähigkeit für Ausländer aufzuheben. Davon erfasst war auch eine Gleichstellung mit Inländern bezüglich des Erwerbs von Grundstücken in der Schweiz; diese Freiheit zum Erwerb gehörte demzufolge zum Privatrecht ⁴⁵.

⁴³ Für andere Egger, Note 21 zu Art. 11 ZGB

⁴⁴ StenBull 1905, 476

⁴⁵ Egger, Note 21 zu Art. 11 ZGB; Rechsteiner, S. 62

Im neuen Bewilligungsgesetz wird ausdrücklich begründet, warum der Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland in der Schweiz bewilligungspflichtig ist. Der einzige Grund besteht darin, die Ueberfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern ⁴⁶. Obschon im BewB diese Zielsetzung nicht umschrieben war, bestand auch bei diesem dieselbe Zweckverfolgung. Unbestritten dürfte sein, dass der angestrebte Zweck im öffentlichen Interesse liegt. Folgerichtig kann nach der historischen Auslegungsmethode aufgrund von Art. 64 Absatz 2 BV der Bund die Kompetenz nicht beanspruchen, den Grundstückerwerb durch Ausländer zu regeln ⁴⁷.

5.2.2. Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit nach der objektiv-zeitgemässen Auslegungsmethode

Die Prüfung nach der objektiv-zeitgemässen Auslegungsmethode setzt sich aus folgenden Elementen zusammen ⁴⁸:

- das grammatikalische Element
- das systematische Element
- das teleologische Element
- das realistische Element
- das historische Element

a) Das grammatikalische Element

Eine Definition, was unter "Zivilrecht" zu verstehen ist, erfolgt in Art. 64 Absatz 2 BV nicht. Da dem Bund aber die Kompetenz zur Legiferierung im Zivilrecht verfassungsmäs-

⁴⁶ Art. 1 BewG

⁴⁷ Rechsteiner, S. 66

⁴⁸ Ausführlich dazu Meier-Hayoz, N 179 bis 225 zu Art. 1 ZGB, und Riemer, Einleitungsartikel

sig zusteht, ist er auch grundsätzlich dafür zuständig, dessen Inhalt zu bestimmen ⁴⁹, es sei denn, er überschreite in erkennbar unzulässiger Weise seine Befugnisse ⁵⁰. Um dies zu prüfen, sind noch weitere Elemente heranzuziehen.

b) Das systematische Element

Das ZGB im engeren Sinne (ohne das Obligationenrecht, wo im Gesellschaftsrecht noch gewisse Beschränkungen für Ausländer bestehen ⁵¹) kennt heute kein besonderes Fremdenrecht mehr. Die privatrechtliche Rechtsgleichheit zwischen Ausländern und Schweizern ist grundsätzlich gegeben.

Hingegen stellt die Bewilligungspflicht nach dem BewG sowohl für den Verkäufer als auch für den Erwerber eine Beschränkung der Vertrags- und der Eigentumsfreiheit und somit letztlich der Rechtsfähigkeit des Ausländers dar. So starke Einschränkungen sind im Zivilrecht ungewöhnlich, sieht man etwa vom Landwirtschaftsrecht ab. Diese Einschränkung im Landwirtschaftsrecht ist aber verfassungsmässig klar begründet ⁵². Im Landwirtschaftlichen Bodenrecht schliesslich sind die Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht verwischt ⁵³.

⁴⁹ Huber, N 19 zu Art. 6 ZGB,

⁵⁰ Rechsteiner, S. 67

⁵¹ Aktienrecht (OR Art. 711) und Genossenschaftsrecht (OR 895) betr. Nationalität und Wohnsitz der Verwaltungsratsmitglieder, nicht aber bezüglich Herkunft des Kapitals oder Nationalität der Aktionäre.

⁵² Art. 31 Absatz 3 BV

⁵³ So ausführlich Rechsteiner, S. 71

c) Das teleologische Element

Wie bereits oben erwähnt, enthält das seit 01.01.85 geltende BewG im Gegensatz zum BewB eine klare Zweckumschreibung. Diese besteht einzig und allein darin, die Ueberfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern ⁵⁴. Von einer blossen Ausführung des ZGB kann nicht die Rede sein, geht das Gesetz doch ganz erheblich weiter ⁵⁵. Die Verhinderung der Ueberfremdung ist zweifelsohne Teil der Bodenpolitik des Bundes, ist demzufolge eindeutig dem öffentlichen Recht zuzuschreiben und wohl kaum unter Art. 64 BV subsumierbar ⁵⁶.

d) Das realistische Element

Wie bereits erwähnt, nahmen die Veräusserungen von Grundeigentum an Ausländer in der Schweiz in den 60er-Jahren massiv zu. Das Unbehagen in der Oeffentlichkeit führte auch im Parlament zu Forderungen an den Bundesrat, Massnahmen zu ergreifen. Die Schaffung einer eigens hiezu bestimmten Verfassungsbestimmung, wie sie auch von einem überparteilichen Komitee gefordert wurde, hätte wohl viel Zeit beansprucht. Dies mag sicherlich mitentscheidend gewesen sein, dass der Bundesrat letztlich darauf verzichtete und es vorzog, den BewB auf Art. 64 Absatz 2 BV zu stützen ⁵⁷. Parlament und Bundesrat waren ausserdem der festen Ueberzeugung, dass diese Massnahmen nur vorübergehender Natur wären, wie sich dies auch aus den Voten verschiedener Parlamentarier ergab ⁵⁸. Zweifel im Parlament

⁵⁴ Art. 1 BewG

⁵⁵ Sh. dazu auch Bundesamt für Justiz, VPB 46 III, 1982, Nr. 21 155 f

⁵⁶ So auch Rechsteiner, S. 72

⁵⁷ Vgl. zur wirtschaftspolitischen Situation BB1 1960 II 1261 ff

⁵⁸ StenBull NR 1960, 718 und 740 vgl. auch S. 5 hievor

über die Verfassungsmässigkeit des Beschlusses blieben aber auch noch im Jahre 1970 bestehen ⁵⁹, was jedoch letztlich die Verlängerung des BewB nicht verhindern konnte.

e) Das historische Element

Die Bedeutung des historischen Elements wurde bereits weiter oben relativiert ⁶⁰. Immerhin rechtfertigt es sich, die Gesetzesmaterialien als wertvolles Hilfsmittel an dieser Stelle heranzuziehen, weil aufgrund der übrigen Elemente eine blossе Subsumtion unseres Erachtens nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist.

Eugen Huber hatte im Nationalrat die Auffassung vertreten, dass Beschränkungen der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, die öffentlichen Interessen dienen, nicht zum Zivilrecht zu rechnen seien, sondern vielmehr dem öffentlichen Recht zuzuweisen sind. Von diesem Zuordnungsmerkmal wichen sowohl Parlament als auch Bundesrat in ihrer Mehrheit ab und befanden, dass die Bewilligungspflicht für den Grundstückerwerb durch Personen im Ausland im Ergebnis formelles Zivilrecht darstelle, obschon in beiden Kammern doch vereinzelt Zweifel aufkamen und diese Beurteilung auch in der Lehre kritisiert wurde ⁶¹. Auch in Zusammenhang mit der Beratung, die zum Bundesgesetz führte, kamen weder Bundesrat noch Kammern darauf zurück.

⁵⁹ StenBull NR 1970, 77

⁶⁰ Vgl. Ziff. 5.2.1 hievοr

⁶¹ Rechsteiner, S. 53 und dort zitierte Autoren

5.3. Schlussfolgerung

Es steht somit nach unserer Auffassung fest, dass das Bundesgesetz und auch der frühere Bundesbeschluss sich nicht auf BV 64 stützen können. Eine andere Grundlage findet sich in der BV nicht.

Wir haben bereits in unserer Einleitung festgehalten, dass die Notwendigkeit einer Beschränkung des Grundstückserwerbs durch Personen im Ausland an sich aus verschiedenen Gründen unbestritten sein dürfte. Dem Bundesgericht steht bekanntlich kein Recht zu, Bundesbeschlüsse oder Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen ⁶². Wäre dies möglich, müsste das Gesetz im wesentlichen kassiert werden. Es ist an sich bedauerlich, dass ein Gesetz dieser Bedeutung ohne klare verfassungsmässige Grundlage angewandt werden muss. Es wäre gewiss sinnvoll gewesen, zumindest in Zusammenhang mit der Einführung des Bundesgesetzes eine entsprechende Verfassungsbestimmung dem Volk zur Abstimmung vorzulegen; eine Annahme wäre wohl mit grossem Mehr erfolgt, da die eingetretene Sensibilisierung in der Bevölkerung schon seit Jahren in diese Richtung weist. Die Dringlichkeit, die in den 60er-Jahren geboten schien, rechtfertigt es nicht, ein Gesetz auf Dauer verfassungswidrig in Kraft zu lassen. Bis zur Schaffung einer soliden verfassungsmässigen Grundlage hätte der Bundesrat ohne weiteres mit Notrecht operieren können, u.a. etwa unter Berufung auf Art. 89bis Absatz 3 BV.

⁶² Art. 113 Abs. 3 BV

K A P I T E L 2

VOLLZUG DER LEGES, INSBESONDERE SANKTIONEN BEI VERSTÖßEN

A. Sanktionsmechanismen und Zuständigkeiten

III. Zielsetzung, Arten und Auslösung der vorgesehenen Sanktionsmechanismen

1. Die Sanktion im allgemeinen

Die Sanktion ist als Folge der Verletzung einer Rechtsnorm zu verstehen. Ausgelöst wird sie durch ein vom Gesetzgeber verpönte Verhalten des dem Gesetz unterstellten Rechtssubjektes.

Die Zielsetzung der Sanktion ist eine dreifache: Zunächst soll sie generell präventiv wirken, d.h. der Abschreckung dienen; diese allgemeine Zielsetzung gilt auch vorzüglich im Bereich des BewB und des BewG. Spezifisch treten dann noch weitere Absichten des Gesetzgebers hinzu, nämlich neben der Verhinderung von Rechtsverletzung durch Bereitstellung eines Kontroll- und Aufklärungsinstrumentariums auch noch die eigentlichen Sanktionen, nämlich die verwaltungsrechtlichen, zivilrechtlichen und strafrechtlichen Konsequenzen. Durch die Androhung des Widerrufs einer an sich korrekt erlangten Bewilligung kann die Einhaltung der verfügbaren Bedingungen und Auflagen erreicht werden. In zivilrechtlicher Hinsicht ermöglicht die Ungültigkeit und Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts die Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes und stellt deswegen letztlich eine Konsequenz zur verwaltungsrechtlichen Verfügung dar,

wonach bei einem bewilligungspflichtigen Geschäft entweder die Bewilligung nicht erteilt werden kann bzw. widerrufen werden muss. Strafrechtlich schliesslich hat der Täter Busse oder sogar eine Freiheitsstrafe zu gewärtigen ¹.

2. Spannungsfeld Verwaltungsrecht / Zivilrecht

Der Gesetzgeber hat sich weder in Zusammenhang mit den Beratungen zum BewB ² noch in jenen, die zur Schaffung des BewG ³ geführt haben, mit der folgenden Eigenart auseinandergesetzt: Privatrechtliche Rechtsakte - hier der Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland - bedürfen einer vorherigen administrativen Bewilligung. Wird diese Vorschrift missachtet, haben die Rechtssubjekte zivilrechtliche und strafrechtliche Konsequenzen zu gewärtigen. Weder den Botschaften des Bundesrates noch den Protokollen der parlamentarischen Debatten, ja nicht einmal den Protokollen der Studienkommissionen oder parlamentarischen Kommissionen lassen sich wesentliche Erläuterungen zu diesen Fragen entnehmen. Auch die Lehre hat sich bis heute nicht zur Frage geäussert, wie es sich miteinander vereinbaren lässt, zum einen die Gesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland dem Zivilrecht zu unterstellen, zum andern aber dennoch verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen vorzusehen ⁴. Umgekehrt wäre auch bei einer Zuordnung dieser Materie zum Verwaltungsrecht die Frage zu beantworten, warum der Gesetzgeber zugleich zivil- und strafrechtliche Sanktionen vorgesehen hat. In Anbetracht der stetig wachsenden Zuweisung von Pflichten an den Staat und der

¹ Vgl. zu den Sanktionen im allgemeinen Delley / Derivaz / Mader / Morand / Schneider, S. 9 ff.

² BewB, Fassung 161: Art. 11 - 16; Fassung 1973: Art. 20 - 30

³ BewG: gültig seit 01.01.85, Art. 25 - 35

⁴ Vgl. zur Unterstellung unter Art. 64 BV Kap. 1 Ziff. 5

damit verbundenen Normendichte ist wohl generell eine Abgrenzung vom öffentlichen Recht zum privaten Recht fliessender und deshalb schwieriger geworden. Die Kombination von Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht ist aber doch zumindest ungewöhnlich, und man hätte mit Fug erwarten können, dass der Gesetzgeber rein in systematischer Hinsicht diese Frage intensiver geprüft hätte ⁵.

Im Lichte von Art. 20 Abs. 1 OR, in dem die Nichtigkeit von Verträgen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalts vorgesehen ist, stellt dieselbe Sanktion in der hier zur Diskussion stehenden Gesetzgebung grundsätzlich nichts Neues dar, gilt doch die Nichtigkeit nach beiden Erlassen in gleicher Weise unter den Parteien und gegenüber Dritten. Der Gesetzgeber liess sich ganz offensichtlich bei der Klagelegitimation der Behörde vom Gedanken leiten, dass Private oft wegen eigener Verstrickung kein grosses Interesse daran haben, die Nichtigkeit eines Rechtsaktes vom Richter feststellen zu lassen ⁶. Die Durchsetzbarkeit eines Gesetzes und die Rechtssicherheit lassen diese Lösung vernünftig erscheinen. Wenn wegen der Besonderheit einer Gesetzgebung sich eine solche Durchsetzung privatrechtlicher Normen mit öffentlich-rechtlichen aufdrängt, so ist vom Gesetzgeber zu verlangen, dass er diese Regelung abschliessend vornimmt und die einzelnen Bestimmungen mit aller nur wünschbaren Klarheit und Deutlichkeit regelt. Weiter unten wird noch zu belegen sein, dass dies leider auch in Zusammenhang mit dem Erlass des BewG nicht geschehen ist.

⁵ Vgl. auch Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 161

⁶ Vgl. auch Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 162

3. Die Auslösung der Untersuchung

Damit die Sanktionen zur Anwendung gelangen, ist zunächst das Verfahren einzuleiten. Als mögliche Informationsquellen sind Anzeigen anderer Behörden - etwa Steuerbehörde, Grundbuchverwalter, Handelsregisterführer - oder von Dritten denkbar. Fremdenpolizei, Gemeinde- und Kantonsbehörden können ausserdem die Nichtbeachtung von Auflagen oder Bedingungen der zuständigen Behörde zur Kenntnis bringen.

Bis zur eingetretenen Sensibilisierung - so etwa im Kanton Graubünden - in Zusammenhang mit Umgehungsgeschäften waren Anzeigen eher selten. Derivaz ⁷ führt dies vor allem darauf zurück, dass durch die Verstösse gegen die Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland "ein nur vage definiertes öffentliches Interesse verletzt wird... Sie sind ein malum quia prohibitum und kein malum quia odiosum.." ⁸.

Allerdings hat der Gesetzgeber bei der Revision des Bewilligungsbeschlusses im Jahre 1973 für alle Beamten und Behörden die Pflicht festgelegt, Widerhandlungen der zuständigen Strafverfolgungsbehörde oder den beschwerdeberechtigten Behörden anzuzeigen ⁹. Diese Pflicht wurde auch im BewG übernommen ¹⁰. Praktisch stellt dies einen Durchbruch des Amtsgeheimnisses dar. Unseres Wissens war aber die Wirkung dieser Bestimmung der Anzeigepflicht in der Praxis - zumindest unter der Herrschaft des BewB bis 31.12.1984 - gering. Die Gründe mögen an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Jedenfalls konnten auch

⁷ A.a.O., S. 172

⁸ A.a.O., S. 172

⁹ Art. 14 BewB

¹⁰ Art. 24 Abs. 2 BewG

damit verbundene Strafandrohungen im Unterlassungsfalle nichts daran ändern.

Schliesslich können sich potentielle Täter selbst entlarven, wenn sich etwa zwischen Treugeber und Treuhänder Spannungen ergeben, seien diese persönlicher Art oder aber wenn die eine oder andere Partei nicht in der Lage oder willens ist, die versprochene Leistung zu erbringen ¹¹.

4. Umgehungsmodelle

4.1. Unzureichende Erfassung im Frühstadium

Viele auch einer nachträglichen Prüfung der Bewilligungspflicht unterzogene Sachverhalte haben sich bereits unter dem zeitlichen Geltungsbereich des BewB ereignet.

Zurecht wurde auch die Frage aufgeworfen, warum diese doch recht zahlreichen Fälle von Gesetzesumgehungen - vor allem bei Aktiengesellschaften - nicht bereits in einem Frühstadium erfasst werden konnten. Die Gründe sind mannigfaltig. Zum einen dürfte es vielleicht zutreffen, dass es grundsätzlich den Aufsichtsbehörden an den nötigen Mitteln und an der nötigen Zeit fehlt. Hinzu kommen aber noch weitere Gründe: "Es ist allgemein anerkannt, dass das grösste Hindernis bei der Ahndung von Wirtschaftsdelikten darin besteht, dass zu wenig Mitglieder der Strafverfolgungs- oder Untersuchungsbehörden darauf vorbereitet sind, sich mit den interdisziplinären Problemen zu befassen, die sich auf diesem Gebiet fast

¹¹ So etwa bei Betrugstatbeständen oder Konkurs, vgl. auch Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 174

gezwungenermassen stellen" ¹². Hinzu kommt das Defizit an Weiterleitung von Informationen durch andere Behörden und - wie bereits oben festgehalten - etwa das mangelhafte Bewusstsein über den Unrechtsgehalt einer solchen Umgehung ¹³.

Es werden aber noch weitere Gründe angeführt, und zwar etwa jene, dass unter dem zeitlichen Geltungsbereich der Lex von Moos für die Abklärung der Beteiligungsverhältnisse der erwerbenden Aktiengesellschaft die schriftliche Bestätigung der vertretungsberechtigten Organe der erwerbenden Gesellschaft, wonach kein oder nur in zulässigem Umfang ausländisches Kapital beteiligt sei, ausreichend war ¹⁴. Aufgrund der damaligen gesetzlichen Regelung hätten sich sowohl die Bewilligungsbehörden - und vor allem - der jeweils zuständige Grundbuchführer "vertrauensvoll" ¹⁵ darauf verlassen. Wohl habe dann aufgrund gewonnener Erkenntnisse der Gesetzgeber in der Lex Furgler und neustens in der Lex Friedrich eine verschärfte Ueberprüfungsordnung für juristische Personen eingeführt. Umgehungen seien jedoch nach wie vor möglich, auch wenn heute alle Erwerbsgeschäfte von Grundstücken durch Aktiengesellschaften peinlich genau durchleuchtet würden und damit der Nachweis der Finanzierung mit schweizerischen Mitteln erbracht werden müsse. Eine Abtretung von Aktien oder von andern obligatorischen Rechten an bewilligungspflichtige Personen seien noch am Tage nach dem Erwerbsgeschäft möglich. Aus diesem Grunde dränge sich eine periodische Ueberprüfung auf ¹⁶.

¹² A.a.O., S. 177, Zitat P. Graven, 1976: "l'économie du droit pénal et le droit pénal-économique", Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht, 1976, S. 337 ff.

¹³ Dies dürfte sich nun zweifelsohne ändern aufgrund der auch von den Massenmedien etwa im Kt. Graubünden hochgespielten Fällen

¹⁴ Vgl. hiezü Brüesch S. 78 ff.

¹⁵ Brüesch, S. 78

¹⁶ Brüesch, S. 79

Ein wesentliches Argument, warum früher keine gründliche Prüfung im Erwerbsstadium durchgeführt wurde, besteht u.E. nicht unbedingt im Umstand, dass es an gesetzlichen Grundlagen gefehlt hätte. Vielmehr wurde das ganze Bewilligungsverfahren oft nur als reine Formalität betrachtet; eine Sensibilisierung von Behörden und Bevölkerung trat erst gegen Ende der 70er Jahre ein. Nach unserer Auffassung müssen sich Ämter und Behörden den Vorwurf eines Mitverschuldens gefallen lassen, und zwar wegen Missachtung elementarster Kontrollpflichten.

Insbesondere das Problem der Nichteinhaltung einer Auflage wird weiter unten einer näheren Prüfung unterzogen. An dieser Stelle werden Umgehungen behandelt, bei denen aufgrund von falschen oder unvollständigen Angaben Bewilligungen erschlichen wurden oder wo um solche - obwohl ein bewilligungspflichtiger Tatbestand gegeben war - nicht nachgesucht wurde. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Umgehungen, die durch natürliche Personen begangen werden, und solchen, die über die Konstruktion einer juristischen Person - und hier regelmässig der Aktiengesellschaft - getarnt werden.

4.2. Umgehungen durch natürliche Personen

Umgehungen von natürlichen Personen sind verhältnismässig wenige bekannt. Eine "Grauzone" dürfte zweifelsohne vorhanden sein; die Aufdeckung solcher Umgehungsgeschäfte ist aber sehr schwierig, und zwar oft nur aufgrund einer Denunziation, die dann das Untersuchungsverfahren auslöst. Eine gewisse Zurückhaltung der Behörde ist diesbezüglich auch wohl-tuend, vor allem im Hinblick auf eine generelle Wahrung der persönlichen Sphäre und der persönlichen Daten. Denkbar sind bei Umgehungen durch natürliche Personen, dass ein Dritter, der der Bewilligung nicht bedarf, als Strohhalm eingesetzt

wird, wobei ihm die bewilligungspflichtige natürliche Person die Mittel zum Erwerb zur Verfügung stellt, der Strohmann die Wohnung auf seinen Namen erwirbt, das Objekt dann aber der bewilligungspflichtigen Person wie einem Eigentümer zur Verfügung stellt und ihr völlige Verfügungsfreiheit darüber lässt und deren Instruktionen befolgt. Dieser treuhänderische Erwerb ist indessen recht risikobehaftet, und zwar nicht zuletzt auch für den bewilligungspflichtigen Ausländer, da zwischen natürlichen Personen Interdependenzen entstehen können, deren Tragweite am Anfang nicht ganz abschätzbar sind. Entsteht ein begründeter Verdacht, so kann die zuständige Behörde gestützt auf Art. 22 ff. BewG eine Untersuchung auslösen. Vor allem dürften auch Einkommens- und Vermögensverhältnisse rasch Aufschluss über die wirtschaftlichen Möglichkeiten eines Einzelnen zum Erwerb einer Stockwerkeinheit geben. Wie bereits weiter oben ausgeführt, hat die zuständige Untersuchungsbehörde zu diesen Daten Zugang 17.

Verstösse von natürlichen Personen unterliegen klar der Verjährungsfrist der einschlägigen Bestimmungen im BewB oder aber im BewG. Auf Fragen des intertemporalen Rechtes wird noch weiter unten kurz einzutreten sein.

4.3. Umgehungen durch juristische Personen

Die Problemstellung bei einer Umgehung über die Konstruktion einer juristischen Person ist weit komplexer, weil sich hier u.U. auch grundsätzliche Fragen bezüglich Anwendbarkeit anderer Gesetze ausserhalb der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland ergeben

17 Art. 24 BewG

könnten. In den bekannt gewordenen Umgehungsgeschäften bediente man sich regelmässig der Rechtsform der Aktiengesellschaft, so dass die übrigen juristischen Personen in diesem Kapitel vernachlässigt werden können.

Diese Aktiengesellschaften, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist, werden mitunter auch als Immobilien-Aktiengesellschaften bezeichnet ¹⁸. Insbesondere in den bekannt gewordenen Fällen kam es oft vor, dass der alleinige Zweck darin bestand, ein einziges oder einige wenige Grundstücke zu erwerben. Entscheidend indessen sind nach dem Gesetz die tatsächlichen Verhältnisse, die in der Regel aufgrund der Bilanz unschwer festgestellt werden können.

An dieser Stelle wollen wir uns auf eine Prüfung jener Umgehungen beschränken, die eine einwandfrei feststehende Verletzung von BewB und BewG darstellen. Bei solchen Umgehungen wird sodann unterschieden zwischen Umgehungen im engeren und im weiteren Sinne ¹⁹.

4.3.1. Umgehungen im engeren Sinne

Eine Umgehung im eigentlichen Sinne ist dann anzunehmen, "wenn nach dem wirklichen Willen der Beteiligten und nach der Interessenlage der Tatbestand der Verbotsnorm verwirklicht ist, aber die Beteiligten, um die ihnen unangenehme Anwendung der Verbotsnorm zu vermeiden, so tun, als ob der Tatbestand der Umgehungsnorm verwirklicht sei, deren Anwendung sie der Anwendung der Verbotsnorm vorziehen" ²⁰. Bei den hier zur Diskussion stehenden Rechtsgeschäften sind als Umgehungshandlungen jene Tatbestände zu qualifi-

¹⁸ Vgl. auch Rechsteiner, S. 167

¹⁹ Vgl. auch Brüesch, a.a.O., Seite 72 f.

²⁰ Brüesch, S. 72 f. Zitat aus Jäggi, die Immobilien-Aktiengesellschaft, in ZBGR 55, 330

zieren, bei denen einer nicht im Besitze einer Bewilligung befindlichen Person im Ausland "eine eigentümerähnliche Stellung an einem Grundstück in der Schweiz verschafft wird" ²¹. Dem Prinzip nach ähnlich ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise in vielen Steuergesetzen, bei denen nicht der juristische Tatbestand an sich, sondern vielmehr die tatsächliche - d.h. wirtschaftliche - Zielsetzung entscheidend ist ²². Eine Bewilligung im Sinne des BewB oder des BewG wurde nie eingeholt. Die bewilligungspflichtige Person wird aber gleichwohl - wirtschaftlich betrachtet - Eigentümerin eines Grundstückes oder eines Teiles davon. Dabei besteht die Umgehung im wesentlichen darin, dass eine solche Person Inhaberaktien erwirbt, in der Regel mit gleichzeitiger Zuweisung eines obligatorischen Nutzungsrechtes an einem ausgeschiedenen Objekt. Nach dem BewB oder BewG ist es dabei unerheblich, ob die AG allein zu diesem Zwecke der Umgehung gegründet oder ob der bewilligungspflichtige Tatbestand - Verkauf eines Teils der Aktien und Einräumung eines obligatorischen Nutzungsrechtes im Innenverhältnis - erst später eingetreten ist ²³.

4.3.2. Umgehungen im weiteren Sinne

Unter "Umgehungen im weiteren Sinne" werden in der Regel nachträgliche Verstösse gegen die ursprünglich korrekt erhaltene Bewilligung ²⁴ verstanden, so beispielsweise die Nichteinhaltung von Auflagen und Bedingungen. Auch eine solche Nichtbeachtung kann mit weitreichenden Sanktionen verbunden sein, die anhand ausgewählter Tatbestände im Kap. 4 dargestellt werden.

²¹ Brüesch, S. 72

²² Für viele vgl. Steuergesetz des Kt. Graubünden, Art. 2 Abs. 2 und 3

²³ Vgl. dabei die diesbezügliche Differenzierung im Kap. 3 weiter unten

²⁴ Vgl. auch Brüesch, S. 72

IV. Die wichtigsten mit den Sanktionen betrauten Organe

1. Befugnis zur Legiferierung

Im wesentlichen wurde die sowohl in den Bundesbeschlüssen als auch im nunmehr seit 01.01.1985 geltenden Bundesgesetz festgehalten, grundsätzliche Gesetzgebungsbefugnis dem Bund zugewiesen. Den Kantonen wurde diesbezüglich wenig Raum belassen. Trotz föderalistischen Bedenken ist die auch im Bundesgesetz übernommene Lösung zu begrüßen, wird doch auf diese Weise eine einheitliche, für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft geltende Regelung geschaffen ²⁵.

2. Behörden

Bei der Darstellung der Sanktionsmechanismen ist zwischen "verschiedenen rechtlichen Instrumenten und Vollzugsstrukturen" ²⁶ zu unterscheiden. Auf einzelne Mechanismen - Anzeigepflicht der Behörden, private Denunziation, Selbstverrat - haben wir als Auslösungsmomente bereits hingewiesen.

Im 4. Kapitel des BewG werden Behörden und Verfahren dargestellt ²⁷. An dieser Stelle seien die Ahndungsorgane kurz angeführt:

a) Kantonale Behörden ²⁸

aa) eine oder mehrere Bewilligungsbehörden, die über die Bewilligungspflicht, die Bewilligung und den Widerruf einer

²⁵ Vgl. dazu Kap. 1 dieser Arbeit

²⁶ Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 169

²⁷ Art. 15 - 24 BewG

²⁸ Art. 15 BewG

Bewilligung oder Auflage entscheiden ²⁹;

ab) eine beschwerdeberechtigte Behörde, die auch den Widerruf einer Bewilligung oder die Einleitung eines Strafverfahrens verlangen und auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes klagen kann ³⁰;

ac) eine Beschwerdeinstanz ³¹;

ad) die jeweils zuständige Staatsanwaltschaft für die Durchführung von Strafuntersuchungen;

b) Bundesbehörden ³²

ba) der Bundesrat als Feststellungsbehörde für einen Erwerb, der wegen staatspolitischer Interessen von der Bewilligungspflicht befreit wird, und als Beschwerdeinstanz für Entscheide der Eidg. Departemente;

bb) das Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten für den Erwerb durch ausländische Staaten oder internationale Organisationen des Völkerrechts, wobei der Erwerb zu einem anerkannten öffentlichen Zweck zu erfolgen hat;

bc) das Eidg. Militärdepartement für die Bewilligung von Grundstückserwerb in der Nähe einer wichtigen militärischen Anlage, wobei das EMD die Bewilligung erteilen oder verweigern kann; dem EMD steht dabei ein weites Ermessen zu;

²⁹ Im Kanton Graubünden: Grundbuchinspektorat

³⁰ Im Kanton Graubünden: kantonales Justiz- und Polizeidepartement

³¹ Im Kanton Graubünden: Verwaltungsgericht

³² Art. 16 BewG

bd) in den übrigen Fällen das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, das gleichzeitig als beschwerdeberechtigte Bundesbehörde gilt und insbesondere auch eine Aufsicht ausübt, oder aber das Bundesamt für Justiz, sofern dies das Gesetz ausdrücklich vorsieht 33;

c) Gerichtsinstanzen

ca) sofern im betreffenden Kanton vorgesehen: das Verwaltungsgericht, als Rekursinstanz gegen Entscheide der Bewilligungsbehörde;

cb) das kantonal zuständige Strafgericht, für die Verfolgung strafrechtlicher Tatbestände im Sinne von Art. 35 BewG;

cc) das kantonal zuständige Zivilgericht, für die Zivilverfahren im Sinne von Art. 26 f. BewG;

cd) die jeweils zuständige Abteilung des Bundesgerichtes (Staats- und Verwaltungsrecht, Zivilrecht, Strafrecht).

d) Effizienz der Ahndungsmechanismen

Die Ahndung und die konsequente Weiterführung - auch mitunter als Partei im Gerichtsverfahren - wird insbesondere von der kantonalen Bewilligungsinstanz, von der beschwerdeberechtigten kantonalen Behörde und der beschwerdeberechtigten Bundesbehörde wahrgenommen.

Auf kantonomaler Ebene wurden als beschwerdeberechtigte Behörden ganz verschiedene Stellen bezeichnet; zurecht wird darauf verwiesen, dass "für das Funktionieren des Ahndungsmechanismus

33 Art. 16 Abs. 4 BewG

von zentraler Bedeutung" ³⁴ sei, welche Organe und Personen auf kantonaler Ebene zuständig sind, und zwar zum einen bezüglich ihrer Effizienz, zum andern aber auch im Hinblick auf ihre Stellung innerhalb der Hierarchie. Auf die Informationsquellen der zuständigen Behörden wurde bereits weiter oben hingewiesen.

³⁴ Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 169

B. Die einzelnen Verfahren

V. Verwaltungsrechtliches Verfahren

1. Allgemeine Bemerkungen

Um eine Bewilligung ist auch dann nachzusuchen, wenn sich bei einem Erwerber die Bewilligungspflicht nicht von vornherein ohne weiteres ausschliessen lässt. In der Folge eröffnet die Bewilligungsbehörde ihre Verfügung mit Begründung und Rechtsmittelbelehrung, und zwar den Parteien, der Gemeinde, in der das Grundstück liegt, sowie der beschwerdeberechtigten Behörde. Die Verfügung wird auch dem Bundesamt für Justiz zugestellt ³⁵. Des weiteren sind sowohl Grundbuchverwalter, Handelsregisterführer und Steigerungsbehörde im Zwangsversteigerungsverfahren gehalten, entsprechende Sorgfalt anzuwenden und gegebenenfalls dem Erwerber Frist anzusetzen, die Bewilligung oder das Fehlen einer Bewilligungspflicht nachzuweisen. Wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist die Eintragung des Rechtsgeschäftes zu verweigern ³⁶. Bei Vorliegen besonderer Umstände ist auch die Stellungnahme anderer Behörden einzuholen ³⁷.

Nachfolgend werden wir uns insbesondere mit dem verwaltungsrechtlichen Verfahren in Zusammenhang mit Aktiengesellschaften befassen.

³⁵ Art. 17 BewG

³⁶ Art. 18 BewG

³⁷ Art. 19 BewV

2. Voraussetzungen für die Durchführung des verwaltungsrechtlichen Verfahrens

2.1. Die Voraussetzungen

Bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 1973 ³⁸ erkannte unsere höchststrichterliche Instanz, dass die Organe der AG gehalten sind, bei der Abklärung einer allenfalls bestehenden Bewilligungspflicht mitzuwirken. Die zur Edition Verpflichteten stellten sich aber u.a. auf den Standpunkt, dass diese Verpflichtung das fundamentale Recht auf Anonymität des Inhaberaktionärs verletze. Das Bundesgericht hielt hiezu fest, dass ein solches Grundrecht dem schweizerischen Recht unbekannt sei. Im Gegenteil - als Voraussetzung für eine weitreichende Editions- und Auskunftspflicht genüge vielmehr ein einfacher Verdacht ³⁹.

Bereits zu jenem Zeitpunkt legte das Bundesgericht somit ein ausgedehntes Prüfungsrecht der Behörden und als Korrelat dazu eine weitgehende Verpflichtung der Gesellschaftsorgane zur Schaffung der erforderlichen Voraussetzungen für eine solche Abklärung fest. Auch wenn eine Konkretisierung der zu liefernden Daten nicht expressis verbis erfolgte, so ergibt sich schon aus den gewählten Formulierungen im Gesetz, dass die Verwaltungsbehörde sämtliche Dokumente und Angaben anfordern kann, um dem gesetzgeberischen Ziel entsprechen zu können ⁴⁰.

³⁸ BGE 99 I b 401 ff., insbes. Erwägung 2 - 4

³⁹ BGE 99 I b 407: "... originariamente suole invero sorgere un semplice sospetto; esso basta nondimeno ad avviare una procedura d'accertamento e a giustificare la prosecuzione sino a che risulti chiaro se detto sospetto e fondato o meno."

⁴⁰ Vgl. dazu auch Art. 18 der BewV zum BewG, wo dieser Grundsatz indirekt zum Ausdruck gebracht wird

2.2. Zur Auskunftspflicht und Editions- und Geheimhaltungspflicht unterstellten Personen

Das Bundesgericht hatte sich verschiedentlich mit der Auskunftspflicht und Editions- und Geheimhaltungspflicht von Personen, die der beruflichen Geheimhaltungspflicht unterstehen, zu befassen. Dabei ging es im wesentlichen um den Umfang der Auskunftspflicht.

2.2.1. Der Tatbestand

Ein Anwalt war einziges Verwaltungsratsmitglied der X AG, deren Zweck im Handelsregister mit "An- und Verkauf von und Handel mit Liegenschaften" umschrieben war. Im Rahmen eines Ueberprüfungsverfahrens nach dem damals geltenden BewB stellte sich der betreffende Anwalt auf den Standpunkt, seine Stellung als Rechtsanwalt und Steuerberater sei mit einer umfassenden Auskunftspflicht unvereinbar, und er berief sich dabei insbesondere auf das Berufsgeheimnis.

Die die Auskunftspflicht und Editions- und Geheimhaltungspflicht statuierende Bestimmung lautete wie folgt:

"Wer von Amtes wegen, berufsmässig, vertraglich, als Organ einer juristischen Person oder Personengesellschaft ohne juristische Persönlichkeit oder tatsächlich an der Vorbereitung, an der Finanzierung oder am Abschluss von Geschäften im Sinne des Art. 2 mitwirkt, ist verpflichtet, der zuständigen Behörde auf deren Verlangen über alle Tatsachen, die für die Bewilligungspflicht oder für die Bewilligung von Bedeutung sein können, nach bestem Wissen und Gewissen Auskunft zu erteilen und nötigenfalls Einsicht in die Geschäftsbücher, Korrespondenzen oder Belege

zu gewähren und diese herauszugeben." ⁴¹

2.2.2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die sich daraus ergebende Schlussfolgerung

Das Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, dass auch die einer beruflichen Geheimhaltungspflicht unterstehenden Personen, wie Anwälte und Notare, "grundsätzlich gemäss Art. 15 Abs. 1 BewB zur Erteilung der erforderlichen Auskünfte verpflichtet sind, sobald sie in einer der dort umschriebenen Funktionen, z.B. als Organ einer juristischen Person, an einem Geschäft beteiligt sind, das unter Art. 2 BewB fallen könnte." ⁴² Dem stehe auch Art. 26 BewB nicht entgegen, wonach derjenige, der einem Berufsgeheimnis im Sinne von Art. 321 StGB unterliege und deswegen seine Auskunftspflicht nicht erfülle, nicht bestraft werde. Dieser Verzicht auf Bestrafung wegen einer mit der Geheimhaltungspflicht begründeten Verweigerung der Auskunft schliesst aber nicht aus, dass die Pflicht zur notwendigen und zumutbaren Mitwirkung im Sinne von Art. 15 BewB grundsätzlich besteht ⁴³. Selbst bei einer nicht strafbaren Auskunftsverweigerung sei das Verhalten des Verweigerers nach Art. 15 Abs. 2 BewB im Rahmen der gesamten Erklärung zu würdigen. Wesentlich sei in diesem Zusammenhang auch die Feststellung in einem früheren Bundesgerichtsurteil, wonach trotz "des Wortlautes von Art. 23 Abs. 4 BewV der in einer öffentlichen Urkunde abgegebenen Erklärung eines Notars über den Aktienbesitz keine beweismässige Verbindlichkeit zukommen könne und dass die zuständige Behörde die massgebenden Verhältnisse anhand konkreter Belege abklären müsse." ⁴⁴

⁴¹ Art. 15 BewB, Fassung 1973

⁴² BGE 101 I b 247

⁴³ A.a.O., S. 247

⁴⁴ A.a.O., S. 247, Wiedergabe Zitat aus BGE 100 I b 465

Weiter stellt das Bundesgericht fest, dass der Betroffene nicht in seiner Eigenschaft als Anwalt, sondern als Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft zur Auskunftserteilung aufgefordert wurde. Die Personalunion von Anwalt und Verwaltungsrat dürfe nicht zur Folge haben, dass die Geheimhaltungspflicht - und wohl auch das Geheimhaltungsrecht - des Anwaltes seine Auskunftspflicht als Verwaltungsrat aufhebe. Um letzte Zweifel aus dem Wege zu räumen, hält schliesslich das Bundesgericht wörtlich fest: "Die Auskunftspflicht gemäss Art. 15 BewB bezieht sich jedoch auf seine Kenntnisse als Verwaltungsrat, nicht auf Tatsachen, die er nur als Anwalt von Aktionären erfahren hat." ⁴⁵.

Grundsätzlich hält das Bundesgericht somit fest, dass das Anwalts- und Notargeheimnis unangetastet bleibt. Ein Verwaltungsrat oder ein anderes Organ hingegen ist in seiner Organfunktion zur Edition und Auskunftserteilung verpflichtet. Dabei ist unerheblich, ob er zufälligerweise Organ einer AG sei und gleichzeitig zu einem Berufsstand gehöre, der zur Geheimhaltung gehalten ist. Entscheidend sei lediglich die Organfunktion. Wohl mag die Abgrenzung, in welcher Eigenschaft eine in einer solchen Personalunion stehende Person gewisse Informationen und Erkenntnisse gewonnen hat, in der Praxis Schwierigkeiten bieten. Wie aber weiter unten zu zeigen sein wird, muss sowohl nach dem BewB als auch nunmehr nach dem BewG von einer Art Umkehr der Beweislast ausgegangen werden: Es ist nicht die Bewilligungsbehörde, die den Nachweis der Bewilligungspflicht zu erbringen hat, sondern es ist vielmehr der Betroffene, der das Fehlen eines solchen Tatbestandes aufgrund von Editionen oder Auskünften belegen muss, ansonsten eine

⁴⁵ A.a.O., S. 248

Würdigung im Rahmen der gesamten Umstände nach Art. 15 Abs. 2 BewB zu erfolgen hat. Gerade diese Beweiswürdigung könnte aber im konkreten Fall in Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen Auskunftspflicht und Geheimhaltungsrecht Schwierigkeiten bieten und stellt demnach an den urteilenden Richter hohe Ansprüche. Um in der Praxis andererseits eine effiziente Kontrolle zu gewährleisten und zu diesem Zwecke der Bewilligungsbehörde die notwendigen Durchsetzungsmöglichkeiten zu verschaffen, ist dem Bundesgericht in seiner Argumentation grundsätzlich zu folgen, ansonsten den Behörden in vielen Fällen die Hände in einer vom Gesetzgeber wohl kaum beabsichtigten Art und Weise gebunden wären. Hinzu kommt, dass die Geheimhaltungspflicht von der eingeschlagenen Praxis in ihrem Kern nicht berührt wird. Diese Praxis trägt aber zur Durchsetzung des Gesetzes in nicht unerheblichem Masse bei.

Die erwähnte Praxis wurde in späteren Entscheiden bestätigt ⁴⁶, so in einem weiteren Fall, in dem es um das Bankgeheimnis ging. Eine Konkretisierung in Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis erfolgte insofern, als das Bundesgericht das Bankinstitut verpflichtete, Auskunft zu erteilen über Inhaberaktien, die es für sich oder für Kunden besitzt, und über diejenigen, die es an Dritte verkauft hat ⁴⁷. Eine Einschränkung wurde insofern vorgenommen, als die Bank keine Auskunft erteilen muss über Inhaberaktien, die sie ohne direkte Beziehung zu einem Grundstückserwerb in einem Depot entgegengenommen hat. ⁴⁸

⁴⁶ BGE 105 I b 305

⁴⁷ BGE 105 I b 305 ff., insbes. Erw. 3 a, sowie Bestätigung in 106 I b 296

⁴⁸ A.a.O., S. 311

3. Anforderungen an den Beweis, dass eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz nicht von Ausländern beherrscht ist

Klar und unmissverständlich stellte das Bundesgericht fest, dass, sobald ein Zweifel bestehe, ob die als Aktionäre bezeichneten Schweizer über die vollen Aktionärsrechte verfügen, letztere zu beweisen haben, dass sie die als Käuferin auftretende Gesellschaft aus eigenem Recht beherrschen. Die AG muss mithin "positiv den Beweis antreten, dass die von ihr als Aktionäre bezeichneten Schweizer die Aktien aus schweizerischen Mitteln zu freiem Eigentum erworben haben." ⁴⁹ Dabei genüge ein Bankauszug, aus dem die Hinterlegung der Aktien durch Schweizer Bürger hervorgehe, nicht, vor allem dann nicht, wenn noch weitere Zweifel bestünden.

Um den Nachweis inländischen Eigentums zu erbringen, sind von einer AG insbesondere folgende Dokumente und Daten nachzureichen: Sämtliche Bilanzen und Erfolgsrechnungen, Generalversammlungsprotokolle, Kontrollstellenberichte sowie alle Belege betreffend Finanzierung und Ueberbauung ⁵⁰. Wesentlich sind sodann die Namen und Nationalitäten der Aktionäre sowie allfällige Darlehensgeber, die Art und Weise der Finanzierung des Grundstückerwerbs, der Umfang der getätigten Investitionen u.a.m. Daraus ergibt sich, dass der Bewilligungsbehörde bezüglich Umfang der angeforderten Daten ein recht grosser Spielraum eingeräumt wird, wie sich dies letztlich auch bereits aus dem BewG ergibt ⁵¹.

⁴⁹ BGE 102 I b 129

⁵⁰ Vgl. hiezu die Aufzählung in 101 I b 396, sowie 106 I b 204

⁵¹ Art. 22 Abs. 2 und 3 BewG

4. Das Bewilligungsverfahren bei nachträglichem Verdacht

Grundsätzlich sind die Bewilligungsverfahren sowohl bei einer ursprünglichen als auch bei einer nachträglichen Ueberprüfung der Bewilligungspflicht identisch. Im Falle eines nachträglichen Verdachtes erlässt die zuständige Verwaltungsstelle vorweg eine Verfügung im Sinne von Art. 22 BewG an die betreffende Gesellschaft oder Person. Auf diese Weise wird das Ueberprüfungsverfahren formell eröffnet.

Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass für das Verfahren betr. Auskunft und Edition sowie für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen auf das Recht, welches im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung in Kraft ist, abzustellen sei ⁵². Anwendbar sei für das Verfahren somit nicht etwa das Recht zum Zeitpunkt der Uebertragung des strittigen Grundstückes. Im selben Entscheid führte das Bundesgericht aus, unabhängig davon, ob eine Zivilklage (sh. weiter unten) allenfalls verjährt sein könnte - ein verwaltungsrechtliches Ueberprüfungsverfahren jederzeit durchgeführt werden könne. Gemäss Rechtsprechung ruht die im Gesetz vorgesehene zivilrechtliche Klagefrist während des Ueberprüfungsverfahrens ohnehin ⁵³. Bezüglich des anzuwendenden Rechts erfolgte eine Bestätigung dieser Praxis auch in einem neueren Entscheid ⁵⁴.

Gleichzeitig mit der Verfügung, wonach der Adressat um Auskunft und Edition ersucht wird, erlässt die zuständige Behörde eine Grundbuchsperre bzw. Verfügungsbeschränkung sowie eine

⁵² BGE 110 I b 114 und 115 mit Verweisen, Bestätigung von PVG 1980/43

⁵³ vgl. auch die Ausführungen bei Brüesch, S. 83

⁵⁴ Nicht veröffentlichter Bundesgerichtsentscheid der II. öffentlich-rechtlichen Kammer i.S. Machulla SA / Grundbuchinspektorat und Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden vom 20.06.1986, unter Hinweis auf BGE 107 I b 203

Handelsregistersperre⁵⁵; auf diese Weise kann verhindert werden, dass während hängigen Verfahren eine Veräusserung des Grundstücks oder aber eine Sitzverlegung vorgenommen wird. Zu berücksichtigen gilt es in diesem Zusammenhang aber auch, dass seit Einführung des Bewilligungsgesetzes nach dessen Art. 27 Abs. 1 auch die Auflösungsklage am Ort der gelegenen Sache anzubringen ist.

5. Rechtsmittel gegen Verfügungen und Rechtskraft

Der Beschwerde unterliegen Verfügungen der Bewilligungsbehörde, des Grundbuchverwalters, des Handelsregisterführers und der Steigerungsbehörde⁵⁶. Beschwerdeinstanz auf kantonaler Ebene ist in der Regel das Verwaltungsgericht⁵⁷. Der Entscheid der kantonalen Instanz kann dann dem Bundesgericht mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorgelegt werden.

Wesentlich ist bezüglich vorsorglichen Verfügungen, dass einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt⁵⁸. Dieser Gesetzesbestimmung verfahrensrechtlicher Natur kommt auch praktisch eine besondere Bedeutung zu. Gleich wie mit dem Instrument der Verfügungssperre kann auf diese Weise verhindert werden, dass die Betroffenen eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse vornehmen oder wichtige Unterlagen sogar vernichten. Das Bundesgericht hat im übrigen den Entzug der aufschiebenden Wirkung ausdrücklich geschützt⁵⁹, und zwar bereits

⁵⁵ Und zwar gestützt auf Art. 23 BewG

⁵⁶ Vgl. Art. 20 BewG

⁵⁷ So im Kanton Graubünden, wo das Verfahren vom kantonalen Verwaltungsgerichtsgesetz bestimmt wird, mit Ausnahme der Beschwerdefrist, die unter Vorbehalt einer Spezialgesetzgebung generell 20 Tage beträgt, hier aber 30 Tage gemäss Art. 20 Abs. 3 BewG

⁵⁸ Art. 23 Abs. 2 BewG

⁵⁹ BGE 106 I b 394

nach dem BewB, obschon in jenem Gesetzeswerk eine positiv-rechtliche Regelung fehlte.

Ist die Auskunfts- und Editionsverfügung rechtskräftig, und weist in der Folge die betreffende Person oder Aktiengesellschaft die schweizerische Beherrschung und die schweizerischen Mittel für Finanzierung und Ueberbauung nach, so wird das administrative Verfahren abgeschlossen mit der Feststellung der nicht bestehenden Bewilligungspflicht.

Gelingt hingegen der Nachweis nicht, so wird die Bewilligungspflicht festgestellt und die Bewilligung in der Regel verweigert; dies trifft in solchen Fällen zu, in denen eine Bewilligung aufgrund der damals bestehenden gesetzlichen Bestimmungen nicht hätte erteilt werden können. Denkbar ist aber auch, dass der Adressat trotz Androhung strafrechtlicher Sanktionen ⁶⁰ die Mitwirkung verweigert. In der Regel wird in einem solchen Fall auf die gleiche Art und Weise verfahren. Erinnt sei daran, dass der Nachweis einer schweizerischen Beherrschung und Finanzierung der Gesellschaft den verantwortlichen Organen obliegt.

Es besteht nun in der Praxis durchaus auch die Möglichkeit, dass der bewilligungspflichtige Tatbestand erst später eingetreten ist, so z.B. dann, wenn eine Gesellschaft ursprünglich eine schweizerische Beherrschung und Finanzierung aufwies, später aber eine Kontrolle durch Ausländer eintrat, entweder durch Verkauf von Anteilen oder durch Darlehen. Auch in einem solchen Fall ist die Bewilligungspflicht festzustellen und je nach Tatbestand die Bewilligung zu verweigern.

60 Art. 31 BewG

Zu beachten gilt es, dass auch gegen diese Verfügungen die ordentlichen Rechtsmittel gegeben sind. Daraus kann unschwer geschlossen werden, dass schon allein das verwaltungsrechtliche Verfahren selbst nach dem neuen BewG äusserst zeitraubend ist. Darauf ist unten in einer kritischen Würdigung der Sanktionen zurückzukommen.

Die verwaltungsrechtliche Sanktion ist positiv-rechtlich im BewG geregelt: Die Bewilligung ist von Amtes wegen zu widerrufen, wenn der Erwerber sie durch unrichtige Angaben erschlichen hat ⁶¹. Dieselbe Sanktion greift ein bei Nichteinholung der Bewilligung, wenn ein bewilligungspflichtiges Rechtsgeschäft vorliegt. Auf die Frage der verwaltungsrechtlichen Sanktion bei Nichteinhaltung von rechtskräftig verfükten Auflagen wird noch weiter unten in Zusammenhang mit der Verletzung der Bewirtschaftungspflicht zurückzukommen sein ⁶².

⁶¹ BewG Art. 25 Abs. 1

⁶² Vgl. Kap. 4 "Stockwerkeinheit in Aparthotels"

VI. Die zivilrechtlichen Sanktionen

1. Unwirksamkeit und Nichtigkeit

Muss eine Bewilligung verweigert oder durch die zuständige Verwaltungsbehörde widerrufen werden, so sind die Erwerbsgeschäfte unwirksam oder nichtig ⁶³. Unwirksam ist das Erwerbsgeschäft, bis die rechtskräftige Bewilligung vorliegt. Die Unwirksamkeit bezieht sich auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes unter dem Gesichtspunkt des BewG; selbstverständlich sind Vorleistungen der einen oder andern Partei denkbar, die dann u.U. Ersatzforderungen auslösen können ⁶⁴. Das Rechtsgeschäft ist somit in der Schwebe, bis die entsprechende Bewilligung vorliegt.

Nichtig wird das Rechtsgeschäft dann, wenn eine rechtskräftige Verweigerung der Bewilligung vorliegt oder aber wenn eine erteilte Bewilligung widerrufen wird. Denkbar ist auch eine rechtskräftige Abweisung der Anmeldung für die Eintragung oder Vormerkung von Rechten, erfolge diese nun durch die Registerführer oder durch die Bewilligungsbehörde ⁶⁵.

Die Nichtigkeit setzt aber praktisch den Entscheid einer Verwaltungsbehörde voraus. Bemerkenswert ist, dass sowohl Schwebezustand als auch Nichtigkeit zunächst in den verschiedenen Fassungen des BewB und nunmehr auch im BewG unterschiedlich definiert wurden. Daraus ergibt sich einmal mehr die Schwierigkeit der gleichzeitigen Verwendung solcher Begriffe im Privatrecht und im öffentlichen Recht.

⁶³ Vgl. Ueberschrift Art. 26 BewG

⁶⁴ Z.B. Rückforderung der Anzahlung, Mietentgelt bei Besitzesantritt vor Erlangung der rechtskräftigen Bewilligung etc.

⁶⁵ Z.B. Dienstbarkeiten oder andere Nutzungsrechte, die dem Berechtigten eine eigentümerähnliche Stellung einräumen, oder etwa eine Grundpfandverschreibung

Gemäss BewG Art. 26 Abs. 2 lit. a) ist Nichtigkeit auch dann anzunehmen, wenn der Erwerber das Rechtsgeschäft vollzieht, ohne um die Bewilligung nachzusuchen oder bevor die Bewilligung in Rechtskraft erwachsen ist. Diese Bestimmung ist u.E. zu extensiv, vor allem wenn man berücksichtigt, dass sich ein Bewilligungsverfahren oft in die Länge ziehen kann, so auch im Lichte des nunmehr eingeführten Beschwerderechtes der Gemeinden im BewG ⁶⁶.

2. Rechtliche Bedeutung der administrativ festgestellten Nichtigkeit für das Zivilrecht

Wie bereits ausgeführt, ist für das Verfahren betr. Auskunft und Edition sowie für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen das Recht anwendbar, welches im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung gilt - und nicht etwa jenes des Zeitpunktes der Vornahme des strittigen Rechtsgeschäftes. Dies hat zur Folge, dass für dieses Verfahren seit 01.01.85 das BewG anwendbar ist ⁶⁷.

Die Nichtigkeit kann somit verwaltungsrechtlich jederzeit festgestellt werden, und zwar unabhängig von der Frage, ob die zivilrechtlichen Klagefristen nun verjährt sind oder nicht ⁶⁸. Das Bundesgericht hatte sich in zwei Entscheiden mit der Frage zu befassen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die administrativ rechtskräftig festgestellte Nichtigkeit vom Zivilrichter anzuerkennen ist ⁶⁹.

⁶⁶ Art. 20 Abs. 2 lit. c BewG

⁶⁷ BGE 110 I b 114

⁶⁸ Vgl. auch Brüesch, S. 86 ff.

⁶⁹ Vgl. hiezue BGE 105 II 311 f., sowie 108 II 456 ff.

Der erste Entscheid erging noch unter dem Geltungsbereich des BewB bzw. unter jenem der Lex Celio, die u.a. das Verbot der Anlage ausländischer Gelder in inländischen Grundstücken vorsah ⁷⁰. Gemäss Art. 4 dieses Bundesratsbeschlusses sind Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstossen, nichtig. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten, insbesondere auch vom Grundbuchamt. Daraus ergebe sich klar, dass "auch der Zivilrichter die Nichtigkeit eines gegen das Verbot verstossenden Rechtsgeschäftes zu berücksichtigen hat, wenn er in einem Zivilprozess mit dieser Frage konfrontiert wird. Allerdings hat der Zivilrichter darüber nicht einen der materiellen Rechtskraft teilhaftigen Hauptentscheid zu treffen, sondern die Frage der Nichtigkeit lediglich vorfrageweise zu prüfen. Nach schweizerischer Rechtsauffassung sind jedoch Gerichte und Behörden befugt, vorfrageweise auch Rechtsfragen aus einem andern Rechtsgebiet zu prüfen, sofern ihnen diese Prüfung nicht durch eine gesetzliche Bestimmung verboten ist und soweit darüber die hiefür zuständige Behörde im konkreten Fall noch keinen rechtskräftigen Entscheid getroffen hat." ⁷¹

Bestätigt wurde diese Bindung des Zivilrichters auch in einem späteren Entscheid ⁷². In jenem Urteil hatte eine Verwaltungsbehörde rechtskräftig die Bewilligungspflicht und in der Folge auch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes wegen Verstosses gegen den BewB festgestellt. Die gegenteilige Auffassung des Zivilrichters, wonach keine Bewilligungspflicht vorliege, konnte wegen dieses verwaltungsrechtlichen Befundes nicht geschützt werden. Das Bundesgericht stellte dabei folgendes wörtlich fest: "Stellen sich in einem Prozess Vorfragen aus einem andern Rechtsgebiet, deren Beurteilung in den Zuständigkeitsbe-

⁷⁰ BRB vom 26. Juni 1982, AS 1972, Seite 1062

⁷¹ A.a.O., Seite 311, mit Verweis auf weitere Entscheide, wie BGE 102 I b 369, 101 III 8, 98 I a 120 mit Hinweisen

⁷² So im bereits erwähnten BGE 108 II S. 456 ff.

reich einer anderen Behörde fällt, steht dem Richter nach der in der Schweiz herrschenden Rechtsauffassung unter Vorbehalt einer abweichenden gesetzlichen Regelung die Befugnis zu deren selbständigen Prüfung zu, solange die zuständige Behörde darüber noch nicht entschieden hat. Liegt jedoch ein rechtskräftiger Entscheid der zuständigen Behörde vor, ist der Richter grundsätzlich daran gebunden, ansonsten er sich in unzulässiger Weise in einen fremden Zuständigkeitsbereich einmischen würde" ⁷³. Vor allem im Verhältnis zwischen dem Zivilrichter und den Verwaltungsbehörden sei dieser Grundsatz zu beachten.

Die verwaltungsrechtlich festgestellte Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes ist daher unheilbar. Selbst bei einem Irrtum der Verwaltungsbehörde könnte der Zivilrichter daher zu keiner anderen Schlussfolgerung kommen. Dies bedeutet nun nichts anderes, als dass eine durch eine Verwaltungsbehörde einmal rechtskräftig festgestellte Nichtigkeit nur über den Weg der Wiedererwägung und Revision neu geprüft werden kann.

3. Die Folgen der Nichtigkeit und die einzelnen zivilrechtlichen Klagen

3.1. Die Folgen

Die administrativ rechtskräftig festgestellte Nichtigkeit - und hier zeigen sich die zivilrechtlichen Folgen des Verwaltungsaktes - zieht folgende Konsequenzen nach sich ⁷⁴: Versprochene Leistungen können nicht gefordert werden und lassen sich demnach auch gerichtlich nicht durchsetzen. Bereits erbrachte Leistungen können innerhalb eines Jahres seit

⁷³ A.a.O., S. 460 f.

⁷⁴ Art. 26 Abs. 4 lit. a - c BewG

Kenntnis des Rückforderungsanspruchs geltend gemacht werden. Schliesslich wird von Amtes wegen auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes geklagt ⁷⁵. Vereinzelt wurde - statt der Klageanhebung - den aufgrund eines nichtigen Rechtsgeschäfts zu Unrecht eingetragenen Grundeigentümern die Möglichkeit geboten, selbst den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen, sei dies durch Rückgabe des Grundstücks an den Veräusserer, sei dies durch den Verkauf an eine Drittperson, die der Bewilligungspflicht nicht untersteht. Im Kanton Graubünden etwa wurde diese Kompromisslösung in Fällen angewandt, in denen die Verstösse nicht krass waren oder aber zeitlich lange zurücklagen ⁷⁶.

3.2. Die einzelnen Klagen

3.2.1. Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes

Bis zum Jahre 1973 war die Klage auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes durch die Behörde fakultativ. Erst seit der Revision des BewB ⁷⁷ ist diese Klage obligatorisch, d.h. die zuständige kantonale Klagebehörde muss bei Vorliegen eines unter dem Gesichtspunkt der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland nichtigen Rechtsgeschäftes zivilrechtlich vorgehen. Aus Gründen, auf die teilweise noch einzutreten sein wird, machten die Kantone bis zu Beginn der 80-er

⁷⁵ Art. 26 Abs. 4 lit. c BewG

⁷⁶ Vor allem Verstösse aus den 60er Jahren, als von einer Sensibilisierung in Zusammenhang mit Umgehungsgeschäften nicht gesprochen werden konnte und bei denen vielleicht sogar eine Bewilligung aufgrund der damaligen Rechtslage hätte erwirkt werden können: vgl. auch Ausführungen unter Ziff. X., 2 hiernach

⁷⁷ "Lex Furgler" seit 1973, Art. 22 BewB

Jahre äusserst zurückhaltend von dieser Klagepflicht Gebrauch 78.

Die Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes bietet grundsätzlich keine Schwierigkeiten, weil in einem solchen Fall einfach eine Rückübertragung des fraglichen Grundstückes an den Verkäufer gegen Rückerstattung des Kaufpreises erfolgt. Allerdings könnte sich die Rückübertragung dann als nicht sinnvoll erweisen, wenn das Grundstück bereits überbaut wurde oder aber wenn etwa der Verkäufer nicht mehr in der Lage ist, den vom Käufer erlegten Kaufpreis zurückzuerstatten 79. In einem solchen Fall sieht das Gesetz die durch den Richter anzuordnende öffentliche Versteigerung vor, wobei der Mehrerlös dem Kanton zufallen soll. Der Erwerber kann demnach nur seine Gestehungskosten beanspruchen 80. Eine öffentliche Versteigerung ist in der Praxis durchaus realisierbar 81.

Werden die Klagefristen gemäss BewG eingehalten 82, dürfen sich auch im übrigen keine Schwierigkeiten ergeben - auch nicht etwa in der Beweisführung, die bereits im verwaltungsrechtlichen Verfahren materiell durchgeführt und weitgehend abgeschlossen wurde.

Denkbar ist auch, dass nach Vollzug des nichtigen Rechtsgeschäftes ein gutgläubiger Dritter das Grundstück erworben hat. In einem solchen Fall entfällt die Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes 83.

78 Vgl. dazu auch Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 179

79 Huber, SJZ 60, 155

80 Art. 27 Abs. 2 BewG

81 Vgl. hiezv NZZ vom 21.03.84

82 Art. 27 Abs. 4 BewG, vgl. auch weiter unten Ausführungen zu intertemporalen Fragen

83 Art. 27 Abs. 3 BewG

3.2.2. Klage auf Auflösung der juristischen Person im Sinne von Art. 57 Abs. 3 ZGB

In der Praxis ist für Tatbestände, die sich noch unter dem BewB ereignet haben, die Anwendbarkeit der Art. 52 in Verbindung mit Art. 57 Abs. 3 ZGB auf Aktiengesellschaften, bei denen entweder eine ursprüngliche oder aber eine nachträgliche Widerrechtlichkeit bestand, umstritten. Diesem Problemkreis ist ein besonderes Kapitel dieser Arbeit gewidmet ⁸⁴.

Im nunmehr seit 01.01.85 in Kraft gesetzten BewG ist diese Klagemöglichkeit ausdrücklich vorgesehen. Demnach kann auf Auflösung der juristischen Person mit Verfall ihres Vermögens an das Gemeinwesen im Falle von Art. 57 Abs. 3 ZGB geklagt werden ⁸⁵.

Es stellt sich rein von der Systematik her die Frage, ob statt eines Verweises auf die analoge Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB eine originär dem BewG zugeordnete Klage positiv-rechtlich hätte geregelt werden müssen. Da aber sowohl das BewG als auch Art. 57 Abs. 3 ZGB generell stark vom Gedanken der Eingriffsverwaltung geprägt sind, dürfte der positiv-rechtlich eindeutig gegebene Verweis im BewG ausreichen. Hinzu kommt, dass auch für diese Klage eine 10-jährige Verjährungsfrist wie für die Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes vorgesehen ist. Damit wird aber dem Bedürfnis der Rechtssicherheit und dem Gleichbehandlungsgebot doch weitgehend Genüge getan.

⁸⁴ Vgl. Kap. 3 dieser Arbeit

⁸⁵ Art. 27 Abs. 1 lit. b BewG

Diese Klage bedeutet im Gegensatz zur Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes im Prinzip eine "solutio in radice", denn nicht nur das bewilligungspflichtige Rechtsgeschäft wird für nichtig erklärt, sondern es wird die Aktiengesellschaft gerichtlich aufgehoben, und zwar unabhängig davon, ob der unter dem Gesichtspunkt des BewG widerrechtliche Tatbestand ursprünglich schon bestand oder erst nachträglich eintrat⁸⁶. Da eine eingehende Prüfung der Art. 52 Abs. 3 und 57 Abs. 3 ZGB weiter unten vorgenommen wird, sei an dieser Stelle lediglich kurz das Wesen dieser Klage wiedergegeben, da deren analoge Anwendbarkeit ausdrücklich im BewG vorgesehen ist.

"Personenverbindungen und Anstalten zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken können das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen"⁸⁷. Obschon Art. 52 ZGB im BewG nicht expressis verbis genannt wird, bedarf auch diese Bestimmung der Erwähnung, weil Art. 57 Abs. 3 ZGB die Konsequenz für eine widerrechtliche oder unsittliche Zwecke verfolgende juristische Person vorschreibt.

Widerrechtlich ist grundsätzlich jeder Zweck, der mit einer Rechtsnorm in Widerspruch steht⁸⁸. Eine Umgehung des BewG - in der Regel über die Konstruktion der AG - stellt mithin eine widerrechtliche Zielsetzung dar, sofern die Zweckverfolgung eine ausschliessliche ist. Selbstverständlich ist dabei nicht nur auf den statutarischen, sondern auf den tatsächlich verfolgten Zweck abzustellen.

⁸⁶ So etwa, wenn die AG ursprünglich Grundeigentum erwarb, ohne der Bewilligungspflicht zu unterliegen, später dann aber durch Veräusserung von Aktien an eine bewilligungspflichtige Person die Einholung einer Bewilligung unterblieben ist.

⁸⁷ Art. 52 Abs. 3 ZGB

⁸⁸ Hafer, N 23 zu Art. 52 ZGB

Zu unterscheiden davon ist der Fall einer Aktiengesellschaft, bei der im Lichte der gesamten Tätigkeit der juristischen Person dem Verstoss untergeordnete Bedeutung zukommt. In einem solchen Falle wäre eine Klage nach Art. 57 Abs. 3 ZGB unverhältnismässig; der Wiederherstellungsklage stünde hingegen nichts entgegen.

Zu unterscheiden ist sodann die ursprüngliche von der nachträglichen Widerrechtlichkeit. Wie bereits aus der Terminologie geschlossen werden kann, zielt diese Differenzierung darauf ab, ob die juristische Person ihre von unserer Rechtsordnung als widerrechtlich empfundene Tätigkeit oder Aufgabe von vornherein, - d.h. ob bereits bei der Gründung diese Zielsetzung ins Auge gefasst wurde - oder ob der Zweck erst nachträglich, d.h. im Laufe der Zeit, widerrechtlich wird. Auf diese Frage mit Quellennachweis wird noch weiter unten einzutreten sein. Wesentlich erscheint uns an dieser Stelle, dass für die Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB auch nach dem BewG nur dann Raum gegeben ist, wenn die gesamte Aktiengesellschaft nachträglich widerrechtlich wird. Sollte beispielsweise nur die Veräusserung eines kleineren Aktienpaketes vorliegen, das eine Beherrschung der Aktiengesellschaft ausschliesst, so dürfte wiederum nur die Wiederherstellungsklage zum Zuge kommen. Dieselbe Feststellung gilt u.E. auch bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit, wenn im Rahmen der Gründung der Aktiengesellschaft eine minoritäre, vom BewG aber nicht geduldete Beteiligung vorliegt, sei diese nun nach der rechtlichen oder wirtschaftlichen Betrachtungsweise gegeben.

Vergleicht man die zwei Klagemöglichkeiten des Zivilrechts mit ihren Konsequenzen, so kann unschwer festgestellt werden, dass die Klage nach Art. 57 Abs. 3 ZGB ungleich här-

ter ist. Im Falle der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes kann der Erwerber immerhin noch seine Gesteungskosten beanspruchen; lediglich ein Mehrerlös fällt dem Kanton zu ⁸⁹. Anders hingegen bei der Auflösung der juristischen Person: hier wird nicht etwa die Rückerstattung der Einlagen an die Gründeraktionäre verfügt, sondern ausdrücklich der Verfall ihres gesamten Vermögens an das Gemeinwesen. Wodurch diese bedeutend härtere zivilrechtliche Ahndung gerechtfertigt wird, kann weder den Materialien noch etwa aus verständlichen Gründen der Praxis entnommen werden, zumal das BewG noch nicht lange in Kraft ist. Jedenfalls ist nicht einzusehen, warum eine natürliche Person gegenüber jenen natürlichen Personen, die zusammen eine AG mit widerrechtlichem Zwecke gegründet haben, eindeutig besser gestellt wird. Liesse sich auch die Auflösung einer Aktiengesellschaft, deren einziger Zweck in einer Umgehung des BewG besteht, rechtfertigen, so ist nicht nachvollziehbar, warum deren Verhalten zivilrechtlich stärker zu pönalisieren ist als jenes einer Privatperson, die beispielsweise als Strohmann auftritt. Es ist nicht die Aufgabe des Zivilrechtes, das Verhalten des dem Zivilrecht unterstellten Rechtssubjektes je nach Schwere des Vergehens stärker oder schwächer zu pönalisieren; zu diesem Zwecke stehen die entsprechenden strafrechtlichen Bestimmungen offen.

⁸⁹ Art. 27 Abs. 2 BewG

4. Die Legitimation zur Klage

4.1. auf Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes

Grundsätzlich steht dieses Recht den beteiligten Vertragsparteien nach den üblichen Parteirollen im Zivilprozess zu. Eine Klageführung durch die eine oder andere Vertragspartei dürfte aber in der Praxis selten sein. Wie bereits auch in Zusammenhang mit der Darstellung des verwaltungsrechtlichen Verfahrens dargelegt, lässt die Furcht vor den strafrechtlichen Konsequenzen die Beteiligten vor einer Zivilklage zurückschrecken. Aus diesem Grunde tritt als Klägerin regelmässig die klageberechtigte Behörde auf.

Die Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Klage hatte nicht etwa zur Folge, dass nach 1973 eine konsequente Ahndung beobachtet werden konnte. Aktivlegitimiert ist daher nach dem neuen BewG nicht nur die beschwerdeberechtigte kantonale Behörde, sondern auch das Bundesamt für Justiz ⁹⁰. Die Klage ist beim zuständigen Zivilrichter gemäss kant. Organisation der Zivilrechtspflege am Ort der gelegenen Sache anzubringen ⁹¹.

4.2. auf Auflösung der juristischen Person mit Verfall ihres Vermögens an das Gemeinwesen im Falle von Art. 57 Abs. 3 ZGB

Nach herrschender Lehre ist zur Klage grundsätzlich jedermann berechtigt, der ein Interesse daran hat ⁹². Das BewG hat nunmehr ausdrücklich der beschwerdeberechtigten kantona-

⁹⁰ Art. 27 Abs. 1 BewG; nach dem Wortlaut des Gesetzes ist ein subsidiäres Klagerecht des Bundesamtes für Justiz vorgesehen, wenn die kantonale Behörde nicht handelt.

⁹¹ Art. 27 Abs. 1 BewG

⁹² Forstmoser, § 12 B 73 - 76

len Behörde und subsidiär dem Bundesamt für Justiz die Legitimation zur Klage zugewiesen.

Passivlegitimiert ist naturgemäss die betreffende Aktiengesellschaft; dies hat zur Folge, dass auch bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit eine fiktive Existenz angenommen wird ⁹³.

Je nachdem, ob eine ursprüngliche oder nachträgliche Widerrechtlichkeit vorliegt, wird das Rechtsbegehren auf Nichtig-erklärung der Aktiengesellschaft oder auf Feststellung der Nichtigkeit lauten ⁹⁴.

Auf die Frage des Vermögensverfalls an das Gemeinwesen wird noch weiter unten im Zusammenhang mit Verstössen, die sich vor Inkraftsetzung des BewG ereignet haben, einzutreten sein. Ein solches Vorgehen lässt sich auch deshalb rechtfertigen, weil wohl nunmehr die Anwendung des Art. 57 Abs. 3 im BewG positiv-rechtlich geregelt wurde; offen hingegen ist nach wie vor, unter welchen Voraussetzungen eine Vermögenszuweisung des Erlöses an das Gemeinwesen erfolgen darf. Nicht beantwortet ist schliesslich die Frage im Gesetz, welchem Gemeinwesen - ob nun Gemeinde, Kanton oder Bund - das Betreffnis zukommen soll.

5. Die Verjährung der Klagefristen und die sich daraus ergebenden Konsequenzen

Das BewG sieht die nachfolgenden Verjährungs- bzw. Verwirkungsfristen für die Klagen vor ⁹⁵.

⁹³ Wohl auch zum Schutze der Gläubiger und aus Gründen der Praktikabilität, vgl. auch Brüesch, S. 93

⁹⁴ Brüesch, S. 93

⁹⁵ Art. 27 Abs. 4 lit. a - c BewG

"Beide Klagen sind anzubringen:

- a) innerhalb eines Jahres seit einem rechtskräftigen Entscheid, der die Nichtigkeit bewirkt
- b) im übrigen innerhalb von zehn Jahren seit dem Erwerb, wobei die Klagefrist während eines Verwaltungsverfahrens ruht
- c) spätestens bis zur Verjährung der Strafverfolgung, wenn diese länger dauert."

Bemerkenswert ist für das nachfolgende Kapitel in Zusammenhang mit Aktiengesellschaften mit widerrechtlichem Zweck ⁹⁶ die Feststellung, dass der Gesetzgeber nach Eintreten der Verjährung eine Ahndung ausschliessen will. Der zu Unrecht im Grundbuch Eingetragene bleibt Eigentümer, eine Auflösung der Aktiengesellschaft mit den in Art. 57 Abs. 3 festgelegten Konsequenzen unterbleibt. Mit dieser klaren Regelung wird dem Gebot der Rechtssicherheit und der Verhältnismässigkeit gebührend Rechnung getragen, im Gegensatz zu Tatbeständen, die sich noch unter dem BewB ereignet und nach Feststellung der Verjährung der Klagefristen unter Beizug des Personenrechtes des Zivilgesetzbuches geahndet wurden. Vor allem wurde in zeitlicher Hinsicht der nicht positiv-rechtlich geregelte Anwendungsbereich des Art. 57 Abs. 3 im BewB in unerträglicher Weise ausgedehnt ⁹⁷.

⁹⁶ Vgl. Kap. 3

⁹⁷ Vgl. BGE 112 II 1 ff.

VII. Strafrechtliche Sanktionen

1. Einschränkende Bemerkungen

Eine eingehende Behandlung der strafrechtlichen Sanktionen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Im wesentlichen erfolgen daher nur Ausführungen zum besseren Verständnis der zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen sowie dort, wo Interdependenzen eine nähere punktuelle Erläuterung für geboten erscheinen lassen.

2. Die präventive Funktion des Strafrechtes auf wirtschaftlichem Gebiet

Die Feststellung, wonach weder in den Räten noch im Parlament eingehend auf die Sanktionen beim Erlass des BewG eingegangen wurde, gilt ganz besonders für das Strafrecht. Unbestritten dürfte die präventive Funktion des Strafrechtes auf wirtschaftlichem Gebiete sein ⁹⁸. Oft parallel zu der aufgrund der immer komplexer werdenden Tatbestände erforderlichen Gesetzgebung werden gleichzeitig weitere, auf Verstösse gegen diese spezifischen Gebote und Verbote abgestimmte strafrechtliche Regelungen erlassen. Zivilrechtliche Tatbestände zogen auch bereits ohne Spezialgesetzgebung strafrechtliche Sanktionen nach sich. In diesem Zusammenhang sei lediglich auf die auch hier interessierende Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR hingewiesen, die bei widerrechtlichem oder unmöglichem Inhalt des Vertrages oder bei Verstoß gegen die guten Sitten gegeben war und ein Strafverfahren auslösen konnte ⁹⁹. Es ist nun ganz offensichtlich die Auffassung des Gesetzgebers, dass nur ein

⁹⁸ Vgl. auch Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 163

⁹⁹ Z.B. Betrug, Urkundenfälschung etc.

Ausbau von spezifischen Straftatbeständen den Bedürfnissen der Durchsetzbarkeit der Spezialgesetzgebung gerecht wird.

"Die Inflation der Normen, die in diesem Bereich erlassen werden, ist von einer Inflation der Strafbestimmungen begleitet. Es ist sozusagen ein Reflex des Gesetzgebers, bei jeder neuen Regelung zusätzliche Delikte und Strafen anzuhängen." ¹⁰⁰ Zu Recht wird u.E. darauf hingewiesen, dass diese Inflation von strafrechtlichen Normen der eigentlichen Präventivfunktion abträglich ist. Gleichwohl wurde in politischen Vorstössen im Parlament verschiedentlich eine Verschärfung und ein Ausbau der Strafbestimmungen für Verstösse gegen die hier zur Diskussion stehende Gesetzgebung gefordert ¹⁰¹.

3. Die schrittweise Verschärfung der Strafbestimmungen

Wohl aufgrund der praktischen Erfahrungen und zwecks Verstärkung der Präventivfunktion wurden die Strafbestimmungen in den verschiedenen Revisionen des BewB und zuletzt auch im BewG schrittweise verschärft. Bemerkenswert ist insbesondere die Ausweitung der Straftatbestände und die strengere Ahndung. Sah Art. 14 BewB (sog. "Lex von Moos") aus dem Jahre 1961 noch lediglich eine Strafbarkeit für jene Täter vor, die ohne Bewilligung Leistungen erbringen, die Bewilligung durch Vorspiegelung von Tatsachen erschleichen oder die Bewilligungspflicht umgehen, wurden ab 1973 (sog. Lex Furgler) bedeutend mehr Straftatbestände statuiert: Umgehung der Bewilligungspflicht, unrichtige Angaben, Nichteinhaltung von Auflagen, mangelnde Kooperation im verwaltungsrechtlichen Verfahren ¹⁰².

¹⁰⁰ Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 163

¹⁰¹ Vgl. z.B. StenBull NR 1979, 361 ff.

¹⁰² BewB, Fassung 1973, Art. 23 - 26; vgl. auch Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 166

Im Rahmen der Beratungen zum BewG wurde der präventive Charakter der Verschärfung der Strafbestimmungen betont. Man wolle einen "zusätzlichen Abschreckungseffekt gegen Umgehungsgeschäfte erzielen" 103.

Zusammen mit einer härteren, aber differenzierteren Strafanandrohung wurde im BewG eine obligatorische Mitteilung an die Bundesanwaltschaft vorgesehen, und zwar bereits bei Einleitung sowie in jedem Stadium des Strafverfahrens. Die Kompetenz der Strafverfolgung liegt wohl nach wie vor bei den Kantonen 104. Es ging aber darum, den eidg. Behörden die Möglichkeit zu bieten, Anträge zu stellen, damit Saumseligkeiten einzelner Kantone verhindert werden können 105.

4. Die einzelnen Straftatbestände nach dem BewG

Aufgrund der Strafanandrohung werden nur noch die Verweigerung von Auskunft oder Edition 106 und eine fahrlässige Tatbegehung als Uebertretung geahndet. Alle übrigen Straftatbestände werden bei vorsätzlicher Begehung als Vergehen qualifiziert. Neben der Bestimmung über die Umgehung der Bewilligungspflicht 107, über die Ahndung von unrichtigen Angaben an eine Behörde 108, über die Missachtung von Auflagen 109 sowie über die Verweigerung von Auskunft und Edition 110 ist auch die Einziehung unrechtmässiger Vermögensvorteile vorgesehen, und zwar für je-

103 Ausführungen von Bundesrat Friedrich, wiedergegeben in StenBull 1983, 193; vgl. Art. 28 - 35 BewG

104 Art. 35 Abs. 1 BewG

105 StenBull 1983 / 193

106 Art. 31 BewG

107 Art. 28 BewG

108 Art. 29 BewG

109 Art. 30 BewG vgl. zu den Auflagen auch Kap. 4 dieser Arbeit

110 Art. 31 BewG

ne Fälle, bei denen der Vermögensvorteil nicht bereits mit den zivilrechtlichen Klagen beseitigt werden konnte ¹¹¹. Eine Besonderheit ist auch bei den Verjährungsfristen für die Strafverfolgung zu beobachten. Im Gegensatz zu den Verfolgungsverjährungen im Strafgesetzbuch ¹¹² betragen diese nach dem BewG 10 Jahre für Vergehen, 5 Jahre für Uebertretungen im allgemeinen, wobei nur für die Verweigerung von Auskunft oder Edition eine zweijährige Verjährungsfrist vorgesehen ist ¹¹³. Eine längere Verjährungsfrist für die Strafverfolgung wurde wohl deshalb vorgesehen, weil sich eine Ahndung in dieser Spezialgesetzgebung oft als schwierig erwiesen hat.

5. Die Immobilienaktiengesellschaft als Tatmittel für Umgehungsgeschäfte

Die Verstösse gegen den BewB und das BewG, die in Form von Umgehungsgeschäften begangen werden, weisen einige regelmässig wiederkehrende Formen auf, die oft kombiniert werden, und zwar etwa über die Gründung von Immobilienaktiengesellschaften, von Treuhandgeschäften oder durch Einschaltung von sog. Strohmännern. Möglich ist auch eine unwahre Aussage im Bewilligungsverfahren und allenfalls die Verletzung einer Auflage ¹¹⁴.

Bereits im Jahre 1964 wurde erkannt und dargelegt, dass die Immobilienaktiengesellschaft sich in vorzüglicher Weise zur Verschleierung der Beteiligungs- und Finanzierungsverhältnisse und somit zur Umgehung der Gesetzgebung über den Erwerb durch Personen im Ausland eignet ¹¹⁵. "... Die fehlende Durchschau-

¹¹¹ Art. 33 BewG

¹¹² SR 311

¹¹³ Art. 32 BewG

¹¹⁴ Vgl. auch Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 183 sowie Brüesch, S. 95

¹¹⁵ Huber SJZ, S. 135, 155

barkeit der Verhältnisse lässt sich indessen zur Vertuschung der Beteiligungsverhältnisse missbrauchen, und zwar am leichtesten dort, wo das grösste Interesse an der Klarstellung besteht, bei den Immobiliengesellschaften. Es herrscht die Auffassung vor, dass von dieser Möglichkeit nicht allzu selten Gebrauch gemacht wird... Durch die Uebertragung der Aktien einer Immobiliengesellschaft an eine im Ausland wohnhafte Person wird der ausländische Charakter der Gesellschaft begründet, ohne dass irgendeine Behörde davon Kenntnis erhalten muss." 116.

Diese Feststellung kam auch im Parlament wiederholt zum Ausdruck. Mehrmals wurde u.a. auf das Erfordernis der Anpassung des Gesellschaftsrechtes an die wirtschaftlichen Gegebenheiten hingewiesen 117. U.a. wurde verlangt, bei Immobilienaktiengesellschaften nur noch Namenaktien zuzulassen. Weitere Vorschläge, die tatsächlich zum Ziele geführt und Umgehungsmöglichkeiten auf ein Minimum reduziert hätten, wurden u.E. keine vorgebracht.

Eine massive Zunahme von Immobiliengesellschaften war insbesondere in den 70-er Jahren zu beobachten 118. Gleichwohl sind Strafverfahren in Zusammenhang mit Verstössen gegen die Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland selten angehoben oder aber mit einer Verurteilung abgeschlossen worden. Ob dieses Phänomen auf mangelndes Unrechtsbewusstsein von Täter und Öffentlichkeit oder aber auf die schwerfällige Handhabung des Gesetzes zurückzuführen ist, kann nicht ohne weiteres festgestellt werden. Um dem Ge-

116 Huber SJZ, S. 135

117 Vgl. hiezu die bei Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 183, wiedergegebenen Postulate und Anfragen im Parlament

118 Bis im Jahre 1977 nach Schätzung einer Expertenkommission rund 25'000, vgl. Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 184

setz auch in strafrechtlicher Hinsicht zum Durchbruch zu verhelfen, werden "die Strafverfolgungsorgane eine beispiellose Verbissenheit in den Ermittlungen an den Tag legen (müssen), ohne welche auf diesem Gebiet kaum Erfolge verzeichnet werden" 119. Immerhin wird diese Feststellung oder Hoffnung insofern relativiert, als sie insbesondere in Zusammenhang mit "Umgehungen im grossen Stil" 120 gemacht wurde. Nicht vertreten liesse sich jedenfalls, wenn die sich in einzelnen Kantonen abzeichnenden Tendenzen verstärken würden, nach jahrelanger Duldung auf politischen Druck hin vor allem in verwaltungsrechtlicher und zivilrechtlicher Hinsicht gegen Kleinaktionäre vorzugehen, die die Anonymität der Beteiligung über eine Aktiengesellschaft einzig und allein aus Gründen der Diskretion gewählt haben, ohne je die Absicht zu hegen, gegen unsere Gesetzgebung zu verstossen. Gegen eine konsequente Verfolgung und Ahndung von aktuellen - und nicht Jahre zurückliegenden - Tatbeständen dürfte grundsätzlich nichts einzuwenden sein.

119 Brüesch, S. 96/97

120 Brüesch, S. 96

VIII. Intertemporalrechtliche Fragen, insbesondere die Frage der Verjährung

1. Die Revisionen des Gesetzes

Bekanntlich wurde der 1. Bundesbeschluss im Jahre 1961 erlassen und in der Folge bis 1969 verlängert (sog. "Lex von Moos"). Im Jahre 1970 wurde dann eine erste Revision vorgenommen, die bereits 1972 vorübergehend durch einen dringlichen Bundesratsbeschluss (sog. "Lex Celio") abgelöst wurde, der grundsätzlich die Anlage ausländischer Kapitalien in inländischen Grundstücken untersagte. Dieser Bundesratsbeschluss hatte primär den Schutz der Währung gegen den Geldzufluss aus dem Ausland zum Ziele. Immerhin kann an dieser Stelle festgestellt werden, dass dieses absolute Anlageverbot bis heute wohl die einzige Phase einer erfolgreichen Begrenzung von Geldanlagen in Immobilien seit der Schaffung der einschlägigen Gesetzgebung darstellte. Das Verbot wurde erst durch das Inkrafttreten eines neuen Bundesbeschlusses beseitigt, und zwar im Jahre 1974 (sog. Lex Furgler) ¹²¹. Schliesslich erfolgt eine Ueberführung - wie bereits mehrfach ausgeführt - des BewB in ein BewG unter gleichzeitiger Vornahme weiterer Korrekturen (sog. Lex Friedrich).

¹²¹ Vgl. zur Entstehungsgeschichte und zu den Revisionen: Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 34 ff. sowie Kap. 1, II, Ziff. 1 dieser Arbeit

2. Problemstellung in Zusammenhang mit den wiederholt geänderten Verjährungsfristen

2.1. Geltungsbereich BewB; Verjährungsfragen zur Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes

Obschon bereits die Lex von Moos unterschiedliche Verjährungsfristen vorsah, steht bezüglich Umgehungsgeschäften, bei denen die maximale Verjährungsfrist von zehn Jahren eingetreten ist und bei denen keine Unterbrechungshandlungen vorliegen, die Frage nach der Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes nicht mehr zur Diskussion, zumal die Klageverjährung in jedem Fall eingetreten ist, betrage sie nun 2, 5 oder 10 Jahre. Ebenfalls wurde bereits oben festgehalten, dass das Bewilligungsverfahren jederzeit angehoben werden kann, wobei die Untersuchungen nach dem neuen Recht durchzuführen sind.

Die Lex Furgler wurde bekanntlich am 01.02.1974 in Kraft gesetzt. Sie sah eine fünfjährige Verjährungsfrist vor. Die Lex Furgler war bis zum 31.12.1984 in Kraft. Die Darstellung solcher Tatbestände und Problemstellungen könnte aufgrund der schon allein aus zeitlichen Gründen begrenzten Bedeutung unterbleiben. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergeben sich aber interessante Aspekte, die wiederum die fließenden Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht aufzeigen und die isolierte Anwendung bestimmter Prinzipien - z.B. jenem der Lex mitior im Strafrecht allein unter Berücksichtigung der entwickelten Grundsätze im intertemporalen Recht - stark relativieren.

2.2. Der Anknüpfungstatbestand in zeitlicher Hinsicht

In einem konkreten Fall hatte das Bundesgericht sich mit der

Frage zu befassen, nach welchem Recht - sogenannte Lex von Moos, die eine 10-jährige, oder Lex Furgler, die eine 5-jährige Verjährungsfrist vorsah - der konkrete Tatbestand, der sich im Jahre 1971 ereignete, also mithin noch unter der sogenannten Lex von Moos (Geltungsbereich 1961 - 1974), zu beurteilen sei.

Vorweg forderte das Grundbuchinspektorat des Kantons Graubünden als kantonale Bewilligungsbehörde die Gesellschaft zur Auskunft und Edition der entsprechenden Unterlagen über ihre Beteiligungs- und Finanzierungsverhältnisse auf. Die vom Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden geschützte Verfügung zog die betroffene Aktiengesellschaft vor Bundesgericht, welches folgendes festhielt:

"Die Frage, ob aufgrund des vom Grundbuchinspektorat angeordneten Verfahrens gegen die Beschwerdeführerin letztlich die Bewilligungspflicht bejaht werden muss und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben, beurteilt sich nach dem im Zeitpunkt der Uebertragung des strittigen Grundstücks geltenden Rechts, also gemäss Bundesbeschluss über die Bewilligungspflicht über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 23. März 1961 ¹²² mit den entsprechenden Aenderungen" ¹²³. Bei dieser Feststellung stützte sich das Bundesgericht auf eine gefestigte Praxis sowohl der öffentlich-rechtlichen als auch der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes ¹²⁴.

¹²² AS 1961, S. 203

¹²³ Unveröffentlichter BGE vom 21. Mai 1982 i.S. Osmo AG c. Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Erw. 2 b), Bestätigung von PVG (Graubünden) 1980/43

¹²⁴ Vgl. Brüesch, S. 88, und dort zitierte Entscheide: BGE 102 IV 198, 202; Entscheid vom 12. Dezember 1980 i.S. Brundag AG c. Verwaltungsgericht des Kantons Zug, Erw. 2; Entscheid vom 12. Dezember 1980 i.S. Furla AG c. Regierungsrat des Kantons St. Gallen

In Anbetracht der Tatsache, dass sich der Tatbestand im Jahre 1971 ereignet hatte, konnte davon ausgegangen werden, dass die Bewilligungspflicht nach den Bestimmungen der Lex von Moos beurteilt würde. Folgerichtig hätte sich auch die Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes aufgrund der Feststellungen des Bundesgerichtes wiederum nach der Lex von Moos richten sollen, die eine 10-jährige Verjährungsfrist vorsieht. Im erwähnten Entscheid erhob die zuständige kantonale Behörde kurz vor Ablauf der 10-jährigen Klagefrist Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes bzw. auf öffentliche Versteigerung. Die Klage wurde in den unteren Instanzen geschützt.

3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes

Das Bundesgericht jedoch entschied sich für die Anwendung der Klagefristen der Lex Furgler, was zur Folge hatte, dass im konkreten Fall die 5-jährige Verjährungsfrist zur Anwendung gelangte. Die Klagefrist wäre somit spätestens im Jahre 1979 abgelaufen.

Zur Begründung führt das Bundesgericht im erwähnten Entscheid unter Erw. 7 Abs. 2 aus: "Bezüglich der Auskunfts- und Ediktionspflicht hat das Bundesgericht in seinem Urteil vom 21. Mai 1982 - es handelt sich um eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Osmo AG - erkannt, dass die Beschwerde nach dem Recht im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung, also nach dem neuen Recht der Lex Furgler zu beurteilen sei. Ist dem aber so, ist nicht einzusehen, weshalb unter der Herrschaft des neuen Rechts die Frist für die Behördenklage nicht konsequent spätestens nach fünf Jahren auch dann ihr Ende finden sollte, wenn diese Frist schon vor dem 1. Februar 1974 zu laufen begann. Zwar mag diesfalls die gesamte Frist durchaus mehr als

fünf Jahre betragen, weil zu den fünf Jahren der "Lex Furgler" noch die Zeitspanne hinzukommt, die zwischen dem widerrechtlichen Erwerb des Grundstückes und der Inkraftsetzung des neuen Rechts (1. Februar 1974) verstrichen ist. Doch ist dieses Ergebnis nicht so stossend, wie wenn auf alle während der Geltungsdauer der "Lex von Moos" widerrechtlich getätigten Grundstücksgeschäfte die zehnjährige Frist des alten Rechts angewandt würde. Die Verwirkung der Behördenklage gegen solche Rechtsgeschäfte könnte nämlich später eintreten als die Verwirkung der Klage gegen Grundstücksgeschäfte, welche nach Inkrafttreten der Lex Furgler beurkundet wurden und für welche nur die 5-jährige Frist in Frage kommt." 125. Im weiteren hält unsere höchststrichterliche Instanz fest, wenn nun der Gesetzgeber angesichts des neuen, sofort anwendbaren Instrumentariums zum Aufspüren bewilligungspflichtiger Grundstücksgeschäfte - Anzeigepflicht sowie Auskunfts- und Editionsspflicht - die 5-jährige Frist als ausreichend erachtet hat, so müsse dies auch für Rechtsgeschäfte gelten, welche vor dem 01.02.1974 getätigt wurden und gegen welche erst unter der Herrschaft der Lex Furgler Behördenklage nach Massgabe von Art. 22 BewB erhoben wurde. Weiter führt das Bundesgericht aus: "Für diese Klage müssen (ausser der noch unter altem Recht abgelaufenen Zeit) mindestens die ersten fünf Jahre des neuen Rechts zur Verfügung gestanden haben, bevor auf sie wegen Verwirkung nicht mehr eingetreten werden kann. Solche Betrachtungsweise trägt den Gesichtspunkten Rechnung, von denen sich der Gesetzgeber in Art. 4 und Art. 49 SchlT ZGB hat leiten lassen. Sie verträgt sich aber auch mit den allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts im Verwaltungsrecht (vgl. Kölz, intertemporales Verwaltungsrecht, ZSR 102, 1983 II, 101 ff., 158 ff.; BGE 107 I b 203 f. mit Hinweisen; BGE 102 V 206 ff. mit Hin-

125 BGE 111 II 186

weisen), soweit auf dieses im Rahmen eines Ergänzungs- und Ausführungserlasses zum ZGB Rücksicht zu nehmen ist. Im Ergebnis führt sie dazu, dass die ordentliche absolute Frist für die Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes bzw. auf öffentliche Versteigerung des gesetzwidrig erworbenen Grundeigentums mit dem 1. Februar 1979 verstrichen ist." 126

4. Konsequenzen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Das Bundesgericht hatte sich in einem früheren Entscheid auf den Standpunkt gestellt, dass die Prinzipien der Lex mitior grundsätzlich nur im Strafrecht Anwendung finden können, nicht aber in sogenannten Zeitgesetzen ¹²⁷. In einem Gutachten, dass dem Bundesgericht in Zusammenhang mit dem hier zur Diskussion stehenden Fall unterbreitet wurde, vertritt der Verfasser der Expertise die Ansicht, dass der Lex mitior-Grundsatz immer Anwendung finden soll, weil es darum gehe, "die neue gesetzliche Regelung, die ohnehin von der Gemeinschaft als eine bessere Regelung verabschiedet worden ist, sofort zur Anwendung zu bringen, wenn sie einen für das Individuum günstigeren Interessensausgleich begründet. Die Gemeinschaft hat es ohnehin in der Hand, da sie die gesetzgeberische Gewalt innehat, mildere Bestimmungen zu vermeiden bzw. härtere Bestimmungen beizubehalten, wenn sie es für angemessen und gerecht hält" ¹²⁸.

Ohne auf die weitere Begründung des Bundesgerichtes einzutreten, sind u.E. vor allem diese Grundsätze der Lex mitior zu berücksichtigen, die eine dem Rechtssubjekt gerecht werdende

126 A.a.O., S. 192 f.

127 BGE 102 IV 202

128 Broggini, Gutachten

Rechtsprechung gewährleistet. Damit ist auch die Gefahr, dass Tatbestände, die sich noch unter der Lex Furgler (Geltungsbereich 01.02.1974 bis 31.12.1984) ereignet haben, plötzlich der Verjährungsfrist des BewG unterliegen, grundsätzlich nicht gegeben.

Wohl trifft die geäußerte Kritik ¹²⁹ an der Rechtsprechung der 2. Zivilabteilung teilweise zu, vor allem wenn man einzig und allein auf die Begründung im erwähnten Entscheid abstellen würde. Hier gilt es aber zu beachten, dass wegen des pönalen und verwaltungsrechtlichen Charakters einer allfälligen Gutheissung der Klage eben diesem Grundsatz der Lex mitior grosse Bedeutung zukommt, vor allem dann, wenn wie in den vorliegenden Bundesbeschlüssen Uebergangsbestimmungen fehlen und kein Widerspruch zu intertemporalen Grundsätzen, auf die an dieser Stelle nicht weiter eingetreten wird, vorliegen. Entgegen der im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtes geäußerten Kritik ¹³⁰ kann nämlich davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht auch für jene Tatbestände, die sich im Zeitraum 1974 bis 1984 ereignet haben, nicht die 10-jährige - in Anlehnung an den Osmo-Entscheid - sondern die 5-jährige Verjährungsfrist gemäss Lex Furgler anwenden wird. Auch wenn ein diesbezüglicher Entscheid unserer höchstrichterlichen Instanz unseres Wissens noch aussteht, wird das Bundesgericht nicht darum herumkommen, trotz seiner teilweise nicht zutreffenden Argumentation im kritisierten Entscheid diesen Grundsätzen der Lex mitior gebührend Rechnung zu tragen.

Auf die einige Zeit später zur Beurteilung anstehende Frage, ob auf Aktiengesellschaften, denen Verstösse gegen die BewB vorgeworfen wurde, Art. 57 Abs. 3 ZGB anwendbar ist, wird weiter unten umfassender einzutreten sein ¹³¹.

129 Brüesch, S. 91

130 Brüesch, S. 91

131 Vgl. Kap. 3

IX. Kurze kritische Betrachtung zu den Sanktionen

1. Beurteilung der Effizienz der Sanktionsmechanismen gemäss BewB (1961 - 1984)

In der Praxis hat sich gezeigt, dass nicht oder äusserst selten alle drei Verfahren - Verwaltungsrecht, Zivilrecht, Strafrecht - gleichzeitig zur Anwendung gelangen. Rein funktionell wird vielmehr regelmässig zunächst das Verwaltungsverfahren durchgeführt. Das sich daran anschliessende Zivil- und Strafrecht ist aufwendig und zeitintensiv. Auch wenn oft dieselbe Behörde als Klägerin oder zumindest als Vollmachtsträgerin im Zivilprozess hätte auftreten können, kam es recht selten vor, dass die zivilrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen zur Anwendung gelangten oder gar konsequent durchgeführt wurden. Bereits im Jahre 1961 bestanden Zweifel daran, ob der vorgesehene Weg über die verschiedenen Verfahren sich bewähren würde: "Die Erfahrung wird zeigen, ob die Ausgestaltung, die dieses Klagerecht gefunden hat, die Erreichung des angestrebten Ziels erlaubt. Zweifel sind berechtigt und auch im Gesetzgebungsverfahren namhaft gemacht worden, leider ohne Erfolg." ¹³² Oben wurde auf die Präventivfunktion der Sanktionen im allgemeinen und vom Strafrecht im besonderen hingewiesen. Die Erfahrungen mit dem BewB seit 1961 haben gezeigt, dass die Sanktionen dieser Aufgabe nicht gerecht wurden. Die Gründe hiefür sind mannigfaltig.

Um den vom Gesetz vorgezeichneten beschwerlichen und aufwendigen Weg nicht beschreiten zu müssen, schlossen verschiedene Kantone Kompromisse mit den betroffenen Rechtssubjekten, indem letzteren Gelegenheit geboten wurde, gegen eine Gebühr den

¹³² Brüesch, S. 97. Zitat aus H. Huber in ZBGR 42, 126

rechtmässigen Zustand herzustellen, sei es durch die nachträgliche Einholung einer Bewilligung, sei es durch Verkauf an einen berechtigten Dritten oder aber durch Rückübertragung an den Veräusserer ¹³³.

Eine durch Massenmedien geförderte Sensibilisierung setzte insbesondere im Kanton Graubünden die Behörden seit 1984 unter Druck, sodass für die zuständigen Amtsstellen sich praktisch ein Handlungszwang ergab. Gegen eine konsequente Ahndung von Gesetzesverstössen ist nichts einzuwenden; Zurückhaltung ist aber dann geboten, wenn die Verfolgungsbehörde bei Anwendung auch nur einfachster Vorsichtsmassregeln bereits im Entstehungsstadium hätte die Illegalität feststellen können. Eine jahrelange Duldung führt dazu, dass gegenüber den eigentlichen Drahtziehern aus Gründen der Verjährung nichts mehr vorgekehrt werden kann. In vielen Fällen drängt sich die Frage auch aus Gründen der Opportunität nach der Möglichkeit einer juristischen Konstruktion auf, die es gestatten würde, Jahre, bisweilen sogar Jahrzehnte zurückliegende rechtswidrige Tatbestände zu legalisieren, gleichzeitig verbunden mit einer konsequenten Handlung der Behörde für Gegenwart und Zukunft. Darüber mehr weiter unten ¹³⁴.

2. Die Sanktionen im BewG (seit 01.01.1985) und Vorschläge de lege ferenda

Im Rahmen der Beratungen im Parlament wies der Sprecher der Kommissionsminderheit auf die Unzulänglichkeit der Sanktionen

¹³³ Vgl. z.B. Tessin, auch bei Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 179, sowie nunmehr auch in Graubünden, vor allem für Jahre zurückliegende Umgehungstatbestände, sowie nachfolgend X / 2.

¹³⁴ Vgl. hiezu Kap. 3

hin: "Das Verfahren zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes ist heute ausserordentlich schwerfällig und viel zu lang. Es muss nämlich zuerst der Verstoss gegen die Lex festgestellt werden. Das beschäftigt zwei kantonale Instanzen und dann noch das Bundesgericht. Wenn schliesslich die Verletzung des Gesetzes festgestellt ist, kommt erst die Klage auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes vor den ordentlichen Richter, Bezirksgericht, Obergericht und nochmals Bundesgericht, und, wenn dann schliesslich das bundesgerichtliche Urteil vorliegt, kommt noch der Vollstreckungsrichter, der den Vollzug zu verfügen hat." ¹³⁵ Im Vernehmlassungsverfahren hatten auch verschiedene Kantone eine Vereinfachung und Verkürzung des Wiederherstellungsverfahrens verlangt. Aus diesem Grunde erfolgte der Vorschlag, anstelle der Beseitigungsklage direkt die Zwangsverwertung treten zu lassen, sobald einmal der Verstoss gegen das Gesetz eindeutig und rechtskräftig festgestellt werde. Ein solches Vorgehen lasse sich vor allem deshalb vertreten, weil Art. 27 Abs. 3 BewG den Parteien die Möglichkeit offenlasse, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

Diesem Postulat wurde bedauerlicherweise nicht Rechnung getragen. Nach wie vor zerfällt die Ahndung von Verstössen in die drei Teile Verwaltungsrecht, Zivilrecht und Strafrecht. Somit wurden die Unzulänglichkeiten des Verfahrens nicht behoben. Mitunter wird deshalb von einem Weiterbestehen eines eigentlichen "Vollzugsdefizites" ¹³⁶ gesprochen. Allerdings darf diese Schwerfälligkeit nicht überbewertet werden; wegen der wiederholt erwähnten Sensibilisierung ist heute generell eine grössere Wachsamkeit der Behörden (Bewilligungsbehörde, Handelsregister- und Grundbuchführer) in der Praxis zu beobachten. Dies führt häufig dazu, dass die entsprechenden Geschäfte erst gar

¹³⁵ StenBull NR, 1983, 192

¹³⁶ Brüesch, S. 99

nicht vollzogen werden können. Immerhin ist aber doch zu prüfen, ob diesem berechtigten Postulat der Vereinfachung des Verfahrens bei der nächsten Revision des Gesetzes nicht Rechnung getragen werden kann. Das rechtliche Gehör der Parteien ist bereits im Verwaltungsverfahren in optima forma gewahrt; hinzu kommt, dass die Aussage im Parlament richtig ist, wonach die Parteien ja in jedem Fall die Möglichkeit haben, nach Feststellung der Bewilligungspflicht und der sich daran anknüpfenden Verweigerung der Bewilligung selbst den rechtmässigen Zustand ohne schwerwiegende Konsequenzen wiederherzustellen.

Die Prüfung von Aktiengesellschaften ist nach wie vor durch den Umstand erschwert, dass selbst bei reinen Immobilienaktiengesellschaften immer noch Inhaberaktien zulässig sind. Im Parlament wurde daher verschiedentlich auch mittels Postulaten angeregt, inskünftig für Immobilienaktiengesellschaften nur Namenaktien zuzulassen ¹³⁷. In der Eintretensdebatte wurde aber darauf hingewiesen, dass es allein Aufgabe des neuen BewG und nicht des Aktienrechtes sei, Umgehungsmöglichkeiten zu verhindern ¹³⁸. Diese Argumentation kann wenig überzeugen; es ist nicht einzusehen, warum systematisch diesbezüglich zum einen Bedenken bestehen, zum andern aber beispielsweise ohne weiteres die Zulässigkeit eines Verweises im BewG auf das Personenrecht für zulässig erachtet und die entsprechenden Bestimmungen für anwendbar erklärt werden ¹³⁹.

-
- 137 Vgl. Postulate Muheim, Oehler und Wyler in: Botschaft zum BewG, 14 f.
138 StenBull NR 1983, 154, Bundesrat Friedrich in der Eintretensdebatte
139 Vgl. Art. 27 Abs. 1 lit. b), wo ein Verweis auf Art. 57 Abs. 3 ZGB zu finden ist

X. Ausgewählte Einzelfragen bei der Gesetzesanwendung nach dem BewG

1. Vorbemerkung

Nachdem kürzlich ein Kommentar zum BewG publiziert wurde ¹⁴⁰, indem viele Unsicherheiten durch klare Erläuterungen beseitigt werden konnten, beschränken wir uns an dieser Stelle auf den Versuch der Beantwortung von Einzelfragen, die sich bisweilen dem Praktiker stellen, und zumindest teilweise der Klärung bedürfen.

2. Der Anwendungsbereich des Art. 27 Abs. 3 und Art. 33 BewG

2.1. Der Sachverhalt

Bereits unter dem BewB wurde ein Weg beschritten, um zum einen den beschwerlichen Weg der Zivilklage zu umgehen, zum anderen aber dennoch einen widerrechtlichen Sachverhalt nicht ganz "ungeahndet" zu lassen, und zwar indem Art. 22 und 28 BewB weit ausgelegt wurden. Im Tessin etwa schloss die beschwerdeberechtigte Behörde mit der Person, die gegen den BewB verstossen hatte, einen Vergleich. Demnach lieferte die der Bewilligungspflicht unterstellte Person dem Staat einen zu vereinbarenden Betrag ab, und die Bewilligungsbehörde verzichtete im Gegenzug auf die Durchführung eines Zivil- und allenfalls eines Strafverfahrens ¹⁴¹.

¹⁴⁰ Mühlebach / Geissmann, Lex F

¹⁴¹ Vgl. Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider, S. 179 f.

Zurecht wurde diese Praxis einer Art Konventionalstrafe durch das Bundesamt für Justiz nicht gebilligt. Dem Bundesamt für Justiz standen jedoch bis 01.01.1985 keine Rechtsbehelfe zu, gegen solche allzu pragmatischen Lösungen vorzugehen. Durch diesen Vergleich wurde der rechtswidrige Zustand nicht beseitigt, ein nichtiges Rechtsgeschäft perpetuiert. Immerhin ist bei diesen rechtswidrigen Eigentumsübertragungen heute in der Regel die Verjährung eingetreten, zumal oft Privatpersonen und nicht Aktiengesellschaften die Gesetzesumgehung begangen haben und sich deshalb die unter Kap. 3 hienach zu prüfende Frage nach der Anwendung von Art. 57 Abs. 3 ZGB heute nicht mehr stellt. Dennoch wäre die Fortsetzung einer solchen Praxis zu missbilligen, da sie unseres Erachtens rechtlich nicht zu verantwortende Privilegierungen darstellt und gegen das Legalitätsprinzip verstösst. Durch das Klagerecht des Bundesamtes für Justiz nach dem BewG ist indessen diese Lösung für die Zukunft zumindest erschwert.

Im Kanton Graubünden - und neuerdings auch im Kanton Tessin - hat sich eine andere Variante herausgebildet, die auch noch nach dem 01.01.1985 Anwendung findet. Dabei wird der widerrechtliche Sachverhalt nicht durch die Bezahlung einer zu vereinbarenden "Konventionalstrafe" abgegolten. Die zuständige Behörde verlangt vielmehr, dass der gesetzmässige Zustand wiederhergestellt werde, entweder durch Rückabwicklung des nichtigen Rechtsgeschäftes oder aber durch Veräusserung des Grundstückes an eine nicht der Bewilligungspflicht unterstellte Person, in selteneren Fällen durch die blossse Beseitigung der wirtschaftlichen Beherrschung durch eine bewilligungspflichtige Person. Die Bewilligungsbehörde verzichtet demnach ebenfalls auf die Durchführung eines Zivil- oder Strafprozesses, verlangt aber die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und lässt sich diesen Verzicht auf den Prozess oder auf die Strafanzeige durch die

Ablieferung eines Betrages in der Grössenordnung von ca. 2,5 bis 5 % des Kaufpreises abgelten. Immerhin sei vermerkt, dass diese Variante nur in Fällen gewählt und von der Behörde vorgeschlagen wird, wenn entweder der Verstoss nicht als sehr gravierend eingestuft wird oder aber - bei bewilligungspflichtigen Aktiengesellschaften - Jahre oder gar Jahrzehnte zurückliegt.

Dieser Praxis im Kanton Graubünden ist zuzubilligen, dass nicht einfach nur ein "Freikauf" der Bewilligungspflicht mit all den damit verbundenen Konsequenzen vorliegt, sondern dass gleichzeitig auch die Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes verlangt wird.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob für diese Praxis in Ausnahmefällen eine ausreichende Rechtsgrundlage besteht. Eine im Rahmen der Baurechtstagung 1987 erhobene Kritik, wonach diese Lösung sachenrechtlich "höchst fragwürdig" ¹⁴² sei, geht unseres Erachtens an der Sache vorbei. Auch Art. 27 BewG, und insbesondere Abs. 3, geht fiktiv trotz Nichtigkeit von erworbenem Eigentum aus, indem zum einen der Erwerber im Zivilprozess als Partei passivlegitimiert ist, zum andern aber auch in Abs. 3 eine Weiterveräusserung als zulässig betrachtet wird.

Entscheidender für die hier skizzierte Praxis ist vielmehr die Frage, ob der Behörde aufgrund der positiv-rechtlichen Regelungen oder im Rahmen pflichtgemässen Ermessens die entsprechende Kompetenz zusteht. Zur Beurteilung dieser Frage erscheint es zweckmässig, das Legalitätsprinzip und die möglichen Sanktionen der Verwaltung im Lichte des BewG zu prüfen.

¹⁴² Schwager, S. 82

2.2. Das Gesetzmässigkeitsprinzip und die Sanktionen der Verwaltung im Rahmen des BewG

Art. 27 Abs. 1 BewG weist die beschwerdeberechtigte kantonale Behörde an, gegen die Parteien beim Richter zu klagen. Sie würde nun pflichtwidrig handeln, wenn sie auf eine Klage verzichten würde, unter der Bedingung, dass eine oder beide Parteien eine bestimmte Summe bezahlen. Die Möglichkeiten der kantonalen Behörde sind grundsätzlich in Art. 27 Abs. 1 lit. a und b BewG abschliessend aufgeführt. Die weiter oben beschriebene, frühere Tessiner Praxis könnte in jedem Fall nach dem BewG nicht mehr aufrecht erhalten werden, da für einen Verzicht auf eine Klage unter der beschriebenen Bedingung keine genügende gesetzliche Grundlage vorliegt. Die Leistung einer bestimmten Summe Geldes hat repressiven Charakter und verlangt eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage¹⁴³. Gestützt auf Art. 27 BewG Abs. 1 und 2 ist demnach die Erhebung einer prozentual festgelegten Gebühr unzulässig. Im Rahmen des Art. 27 Abs. 3 BewG hingegen ist ein "Gewährenlassen" der Parteien zwecks Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes innerhalb festzusetzender Grenzen legal und auch durchaus zweckmässig, vor allem wenn die Beschwerlichkeit des Verfahrens berücksichtigt wird. Art. 27 Abs. 3 BewG grenzt den Anwendungsbereich nicht ab und bildet eine Korrektur zum Klagezwang der Behörde gemäss Art. 27 Abs. 1 und 2 BewG. Es ist nicht einzusehen, warum der Anwendungsbereich des Art. 27 Abs. 3 BewG nicht weit gefasst werden könnte.

¹⁴³ Vgl. Zimmerli, S. 83, wo zwischen exekutorischen und repressiven Zwangsmassnahmen unterschieden wird. Exekutorische Zwangsmassnahmen dienen demnach vorab der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes, während die repressiven Zwangsmassnahmen pönalen Charakter haben. Eine exekutorische Zwangsmassnahme kann etwa in Art. 27 Abs. 1 lit. a BewG erblickt werden, während Art. 27 Abs. 1 lit. b BewG pönalen Charakter aufweist.

Zu prüfen bleibt noch die Zulässigkeit der Erhebung einer festen Gebühr, die stark vom Charakter einer Konventionalstrafe geprägt ist. In den Abschnitten Verwaltungs- und Zivilverfahren des BewG lässt sich keine diesbezügliche Regelung finden. Gemäss Art. 33 BewG - eine Bestimmung, die im Abschnitt "Strafrecht" zu finden ist - muss derjenige, der durch eine Widerhandlung einen unrechtmässigen Vorteil erlangt, der nicht auf Klage hin beseitigt wird, bis zur Verjährung der Strafverfolgung ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person verpflichtet werden, einen entsprechenden Betrag an den Kanton zu zahlen. Hier stellt sich nun die Frage nach der Zuständigkeit für die Erhebung eines solchen Betrages sowie nach der quantitativen Bemessung. Die Einordnung dieser Bestimmung im dritten Abschnitt unter dem Titel Strafrecht könnte zum Schluss verleiten, dass nur der Strafrichter - analog zu Art. 59 StGB - diese Einziehung unrechtmässiger Vermögensvorteile verfügen könnte ¹⁴⁴. Nun bestimmt aber Art. 58 StGB im Gegensatz zu Art. 33 BewG ausdrücklich, dass der Richter die Einziehung verfügen muss. Ob aber nach dem BewG von einer Widerhandlung auszugehen ist, wird durch die Verwaltungsbehörde bestimmt. Hinzu kommt, dass in den hier zur Diskussion stehenden Fällen weder die Bewilligungspflicht festgestellt noch ein Strafverfahren durchgeführt wird. Folgerichtig wird auch keine Verfügung erlassen; die Bewilligungsbehörde macht vielmehr die Parteien auf eine mögliche Widerhandlung aufmerksam und räumt ihnen unter den geschilderten Umständen die Möglichkeit ein, den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen. In Form einer Verfügung - dies dürfte unbestritten sein - darf ein solcher "Prozentvergleich" unter gleichzeitiger Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes nicht erlassen werden, da für den "Prozentvergleich" die Rechtsgrundlage fehlt. Auch eine ex-

¹⁴⁴ So etwa auch Mühlebach / Geissmann, Ziff. 6, S. 373

tensive Auslegung des Art. 33 BewG kann zu keinem anderen Schluss führen, zumal wohl in der Regel der "unrechtmässige Vorteil" unterschiedlich ausfallen oder ganz fehlen könnte.

2.3. Schlussfolgerung

Wenn nun der Behörde aufgrund von Art. 27 Abs. 3 BewG das Recht zusteht, in weniger gravierenden Fällen den Parteien die Möglichkeit zu geben, selbst den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, so ist im Interesse der Effizienz im Vollzug nicht einzusehen, warum auch Art. 33 BewG nicht extensiv ausgelegt werden dürfte. Allerdings müsste die Behörde auf einen festen Prozentvergleich verzichten und von Fall zu Fall den "unrechtmässigen Vermögensvorteil" - der tatsächlich auch im konkreten Fall erzielt werden muss - bestimmen.

Das Recht der Verwaltungsbehörde, in Anlehnung an Art. 27 Abs. 3 und Art. 33 BewG vorzugehen, kann auch etwa aus Art. 15 Abs. 1 lit. a BewG abgeleitet werden. Darf nämlich die Bewilligungsbehörde Bestehen oder Nichtbestehen einer Bewilligungspflicht feststellen, so muss ihr auch das Ermessen eingeräumt werden, den Parteien im Sinne von Art. 27 Abs. 3 BewG eine Frist anzusetzen, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Vertretbar ist auch, unter weitherziger Auslegung von Art. 33 BewG, die Parteien an der Erzielung von Vermögensvorteilen zu hindern. Können sich die Parteien mit einem entsprechenden Vorschlag im konkreten Fall nicht einverstanden erklären, kann immer noch das Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren im Sinne des BewG durchgeführt werden, womit ein ausreichender Schutz der Betroffenen gegen Willkür gewährleistet bleibt. Die diesbezügliche Praxis des Kantons Graubünden kann daher trotz nicht restlos auszuräummenden staatsrechtlichen und gesetzpolitischen Bedenken

geduldet werden, wenn von einer festen prozentualen Kalkulation des dem Staat abzuliefernden Betrages im Verhältnis zum ursprünglichen Kaufpreis abgesehen und nur bei weniger gravierenden Fällen ins Auge gefasst wird. Ob ein "leichter Fall" anzunehmen ist, muss im Einzelfall sorgfältig geprüft werden. Ausgeschlossen dürfte ein solches Vorgehen sein bei mehrfachem oder gar wiederholtem Verstoss gegen das Bewilligungsgesetz.

Muss ausserdem das Grundstück an einen Dritten verkauft werden, so kann im Ergebnis das gleiche Ziel wie nach Art. 27 Abs. 2 BewG erreicht werden, ohne dass aber sich Zivil- und Strafrichter mit der Angelegenheit zu befassen haben. Unter Berücksichtigung der weiter oben angebrachten Vorbehalte erweist sich daher die diesbezügliche Praxis des Kantons Graubünden als Beitrag zur Beseitigung des unbestrittenermassen gegebenen Vollzugsdefizites.

3. **Anwendungsfragen zum Erbrecht** im Lichte von Art. 7 lit. a und b BewG

3.1. Die gesetzlichen Grundlagen und die Praxis

3.1.1. Ausnahme von der Bewilligungspflicht für gesetzliche Erben im Sinne von Art. 7 lit. a BewG

Gemäss Art. 7 lit. a BewG bedürfen gesetzliche Erben im Sinne des schweizerischen Rechtes im Erbgang keiner Bewilligung. Wem die Qualifikation als gesetzlicher Erbe zukommt, kann den Art. 457 ff. ZGB entnommen werden.

Lehre und Rechtsprechung sind sich darüber einig, dass alle im Gesetz bezeichneten gesetzlichen Erben - ob direkte

oder gewillkürte gesetzliche Erben - in Frage kommen können. Per definitionem ausgeschlossen sind umgekehrt Vermächtnisnehmer oder Dritte, denen die Qualifikation als gesetzliche Erben im Sinne des ZGB nicht zukommt ¹⁴⁵.

Schwierigkeiten könnte in diesem Zusammenhang höchstens der Wortlaut "im Erbgang" bereiten. Zurecht hat indessen das Bundesgericht erkannt, dass eine Zuwendung unter Lebenden nach Art. 7 lit. a ausgeschlossen ist ¹⁴⁶. Der Verweis im BewG auf die Gültigkeit des schweizerischen Rechts für die Erbfolge ist klar und grammatikalisch eindeutig. Nach eindeutiger Terminologie des ZGB im 15. Titel und insbesondere in Art. 537 Abs. 1 ZGB wird der Erbgang eröffnet durch den Tod des Erblassers ¹⁴⁷; in zeitlicher Hinsicht ist daher der Uebergang des Eigentums auf den gesetzlichen Erben im Sinne von Art. 7 lit. a BewG - sei es in der Form des Erbvertrages oder aber des Testamentes - erst mit dem Ableben des Erblassers möglich. Ohne Verfügung von Todes wegen ist der entsprechende Zeitpunkt ohnehin vorgegeben.

3.1.2. Erbverzicht oder Verfügung von Todes wegen z.G. eines Dritten

Nicht zulässig etwa wäre der Verzicht aller gesetzlicher Erben z.G. eines Dritten, - beispielsweise in Form des Erbverzichtsvertrages - dem die Qualifikation als gesetzlicher Erbe nicht zukommt. In einem solchen Fall wird die Bewilligungsbehörde nach geltendem Recht dem Dritten den

-
- ¹⁴⁵ In diesem Sinne auch Mühlebach / Geissmann, S. 144, aber auch Reize, S. 39 und BGE 108 I b 425 ff.
¹⁴⁶ Vgl. Urteil Bundesgericht vom 14.02.1977 i.S. U., publiziert auch in ZBGR 59 / 1978, S. 243; diesselbe Auffassung auch Mühlebach / Geissmann, S. 145
¹⁴⁷ Vgl. auch Beck, 123 ff.

Erwerb bewilligen, allerdings verbunden mit der Auflage, das Grundstück innert zweier Jahre zu veräussern ¹⁴⁸. Dem Dritten muss aber unseres Erachtens das Recht eingeräumt werden, bei einer solchen Konstellation auf sein Erbrecht gemäss Erbvertrag zu verzichten, sofern die übrigen gesetzlichen Erben ebenfalls zustimmen und die gesetzliche Erbfolge zum Zuge kommen lassen. Was der Erblasser im Bewusstsein des zeitlich begrenzten Eigentumsrechtes des Dritten verfügt hätte, kann oft nicht mehr nachvollzogen werden. Angesichts des vom BewG verfolgten Zweckes muss aber unseres Erachtens den gesetzlichen Erben sogar die Möglichkeit eingeräumt werden, unter sich zu vereinbaren, wer im Falle des Verzichtes des Dritten das Grundstück übernehmen soll, und zwar selbst dann, wenn die Bewilligungsbehörde bereits eine Verfügung im Sinne des Art. 8 Abs. 2 BewG erlassen hätte. Denkbar wäre etwa, dass der übernehmende gesetzliche Erbe mit dem Dritten einen Entschädigungsvertrag vereinbart. Präkludiert ist unseres Erachtens diese Möglichkeit aber dann, wenn das Grundstück bereits auf den Dritten übertragen wurde.

Dieselbe Konstellation ergibt sich auch im Falle eines Testamentes. Der Erblasser ist bekanntlich befugt, verbindliche Teilungsvorschriften zu erlassen ¹⁴⁹. Wohl kann wiederum ein bewilligungspflichtiger Dritter als Vermächtnisnehmer eines Grundstückes in der Schweiz eingesetzt worden sein. In Absprache mit den gesetzlichen Erben kann aber eine Abfindung des Dritten durch einen anderen Erbgegenstand oder aber durch Geld erfolgen, damit dem oder den gesetzlichen Erben das Privileg der nicht gegebenen Bewilligungspflicht erhalten bleibt; der Erblasser hätte aller

¹⁴⁸ Vgl. Art. 608 ff. ZGB

¹⁴⁹ Vgl. Art. 608 ff. ZGB

Voraussicht nach bei Kenntnis der Beschränkung in der Regel anderes verfügt. Der Standpunkt, wonach durch das Abkommen der bewilligungsfreien gesetzlichen Erben und dem Dritten nunmehr ein bewilligungspflichtiges Rechtsgeschäft vorliege, liesse sich nicht vertreten, es sei denn, dass wiederum bereits eine Eigentumsübertragung auf den Dritten erfolgt sei.

3.1.3. Erwerb durch einen gesetzlichen Erben, der bereits (originär) Eigentümer eines Grundstückes ist

Nach Art. 12 lit. d BewG muss die Bewilligung verweigert werden, wenn dem Erwerber bereits eine Wohnung oder ein Grundstück in der Schweiz gehört. Damit will der Gesetzgeber das Eigentum des der Bewilligungspflicht unterstellten Rechtssubjektes auf eine Einheit oder auf ein Grundstück beschränken.

Wie verhält es sich nun aber, wenn ein grundsätzlich der Bewilligungspflicht unterstellter Erwerber bereits Eigentümer einer Stockwerkeinheit ist und ihm nun im Rahmen eines Erbganges ein weiteres Grundstück oder eine Stockwerkeinheit zufällt? Gelangt in einem solchen Fall Art. 8 Abs. 2 BewG zur Anwendung und wird demnach der Erbe wegen des untersagten Mehrfacheigentums gezwungen, die Einheit zu verkaufen?

Unseres Erachtens ist diese Frage eindeutig zu verneinen, und zwar bereits aufgrund der grammatikalischen Auslegung. Die Marginalien zu Art. 7 halten die "Ausnahmen der Bewilligungspflicht" fest. Im weiteren wird im Text ausdrücklich ausgeführt, dass gesetzliche Erben im Sinne des schweizerischen Rechtes im Erbgang keiner Bewilligung bedürfen. Den Materialien lässt sich zu dieser Frage eben-

falls nichts entnehmen. Der Gesetzgeber hätte indessen ohne weitere Nachteile einen entsprechenden Vorbehalt anbringen können.

Bestätigt findet sich diese Auffassung auch in dem Umstand, dass Art. 8 Abs. 2 BewG nur jenem Erben den Erwerb mit der Auflage bewilligt, "welcher der Bewilligung bedarf und keinen Bewilligungsgrund hat". E contrario steht einer Eigentumsübertragung ohne Vorbehalt oder Auflagen dann nichts entgegen, wenn bei einem gesetzlichen Erben die Bewilligung nicht vorausgesetzt wird. Folgerichtig kann demzufolge ein gesetzlicher Erbe selbst dann eine Stockwerkeinheit oder ein Grundstück durch Erbgang erwerben, wenn er bereits Eigentümer von Grund und Boden ist und ihm ansonsten wegen seiner Eigenschaft als Person mit Wohnsitz im Ausland kein weiterer Erwerb mehr erlaubt werden könnte.

3.1.4. Die Bedeutung des Art. 12 lit. c BewG für das Erbrecht

Nach Art. 12 lit. c ist die Bewilligung auf jeden Fall zu verweigern, wenn der Erwerber versucht hat, das Bewilligungsgesetz zu umgehen. Bevor auf die eigentlich hier interessierende Frage eingegangen wird, sei festgehalten, dass der Gesetzgeber es - man sieht sich versucht, einmal mehr zu sagen - unterlassen hat, Begriffe klar zu definieren. Der Pönalcharakter dieser Bestimmung ist eindeutig. Ist nun aber der "Versuch" im strafrechtlichen Sinne gemeint und wird ein Strafverfahren mit entsprechender Verurteilung vorausgesetzt? Wohl kaum, denn der blosser Versuch ist nach dem BewG nicht strafbar. Geht man aber vom blossen Wortlaut des Art. 12 lit. c BewG aus, müsste angenommen werden, dass es der Bewilligungsbehörde überlassen

wird zu beurteilen, ob ein "Versuch" vorliegt. Hinzu kommt, dass positiv-rechtlich im BewG nicht geregelt wird, ob eine Verjährung eintritt. Die betreffende Person wäre praktisch zeitlebens vom Erwerb ausgeschlossen. Auch geht es etwa nicht an, per analogiam eine mit dem "Versuch" begangene Straftat nach dem allgemeinen Strafrecht - so etwa Urkundenfälschung - verbunden mit den nach StGB geltenden Verjährungsfristen heranzuziehen.

Mit Mathier drängt sich demzufolge die Feststellung auf, dass es "ungewohnt ist, wenn nicht sogar sachfremd, ein pönales Element als zwingenden Verweigerungsgrund vorzusehen" 150.

Nach dem hier zur Diskussion stehenden Sachverhalt, in welchem es um die Frage geht, ob ein gesetzlicher Erbe im Sinne von Art. 7 lit. a BewG ebenfalls dem Art. 12 lit. c unterliegt, gilt es wiederum zu beachten, dass um eine Bewilligung gar nicht nachgesucht werden muss, da der gesetzliche Erbe nicht der Bewilligungspflicht untersteht. Somit wird sich die Bewilligungsbehörde auf entsprechende Nachfrage des zuständigen Grundbuchamtes, in dessen Gebiet sich das fragliche Grundstück befindet, auf die Feststellung der nicht gegebenen Bewilligungspflicht beschränken müssen. Der Eigentumsübetragung aufgrund von Art. 7 lit. a BewG dürfte mithin nichts im Wege stehen. Dem Art. 12 lit. c kommt daher für eine Rechtsnachfolge im Sinne von Art. 7 lit. a keine Bedeutung zu.

3.2. Ausnahme von der Bewilligungspflicht für Verwandte des Veräusserers in auf- und absteigender Linie sowie dessen Ehegatte

Die Bewilligungsfreiheit beschränkt sich hier unbestrittenmassen nicht nur auf den Erbgang, sondern auch auf Geschäfte unter Lebenden.

Unter "Verwandte in auf- und absteigender Linie" sind die Vorfahren ¹⁵¹ und die Nachkommen ¹⁵², nicht aber deren Seitenverwandte ¹⁵³ gemeint. Die Gefahr des Rechtsmissbrauchs, wie sie mitunter in Lehre und Praxis vertreten wird, mag theoretisch bedeutsam sein ¹⁵⁴, nicht aber in der Praxis. Die Bewilligungsbehörde prüft nämlich zunächst, ob die betreffende Person, die nicht der Bewilligungspflicht unterliegt, überhaupt finanziell in der Lage ist, die Finanzierung von mehreren Grundstücken oder Stockwerkeinheiten zu finanzieren. Angesichts des doch recht stark eingeschränkten Personenkreises nach Art. 7 lit. b BewG, der nicht der Bewilligungspflicht unterliegt, dürften solche Umgehungen oder Umgehungsversuche die Ausnahme bilden.

Die unter den Ziff. 3.1.1 bis 3.1.4 dargelegten Tatbestände und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen gelten mutatis mutandis auch für die Verwandten und für den Ehegatten im Sinne von Art. 7 lit. b.

¹⁵¹ Kinder, Grosskinder, Urgrosskinder

¹⁵² Eltern, Grosseltern, Urgrosseltern

¹⁵³ Ausgeschlossen ist die Ausnahme der Bewilligungspflicht soweit etwa für Verschwägerete. Unerheblich ist hingegen, ob die direkte Abstammung auf Blutsverwandtschaft oder Adoption zurückzuführen ist.

¹⁵⁴ Mühlebach / Geissmann, S. 147

4. Etappierung der Ausländerquoten bei Ueberbauungen

Art. 9 BewG räumt den Kantonen die Möglichkeit ein, zusätzliche kantonale Bewilligungsgründe einzuführen. Das Bewilligungsgesetz umschreibt den Rahmen, innerhalb dessen den Kantonen die Kompetenz zur Legiferierung zusteht. Wie dem Ingress zu Art. 9 BewG entnommen werden kann, ist es den Kantonen überlassen, ob sie von dieser Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch machen wollen. Um aber einen der in der genannten Bestimmung aufgeführten zusätzlichen kantonalen Bewilligungsgründe zu beanspruchen, ist eine kantonale gesetzliche Normierung erforderlich ¹⁵⁵.

Der Kanton Graubünden hat von dieser Möglichkeit der Legiferierung Gebrauch gemacht. Für das hier kurz zu erörternde Problem wenden wir uns insbesondere Art. 9 Abs. 2 BewG zu. Das Wesentliche dieser Bestimmung besteht darin, dass die Kantone in ihrer Gesetzgebung die Zulässigkeit des Erwerbs einer Stockwerkeinheit zu reinen Ferienzwecken im Rahmen des kantonalen Kontingents ¹⁵⁶ vorsehen können. In einzelnen Gemeinden, in denen die (teilweise) Veräusserung von Stockwerkeinheiten an Personen mit Wohnsitz im Ausland noch nicht verboten wurde, kann im Rahmen der entsprechenden Vorschriften der Anteil an einer Ueberbauung, der an Ausländer verkauft werden darf, bestimmt werden.

Probleme ergaben sich dann, wenn die Ueberbauung aus verschiedenen Gebäuden mit Wohneinheiten bestand. Der Anteil des für den Verkauf an Ausländer freigegebenen Wohnraums konnte oft mühelos und umgehend abgesetzt werden, nicht aber jene Wohnungen, die nur an nicht der Bewilligungspflicht unterstellte

¹⁵⁵ Vgl. hiezu auch Mühlebach/Geissmann, N. 1 ff. zu Art 9 BewG

¹⁵⁶ Vgl. zur Kontingentierung oben Kap. 1 / II / 4. lit d

Personen verkauft werden durften. Vereinzelt hatte dies zur Folge, dass nach Erstellung und Verkauf der für Ausländer bestimmten Anteile in einer Ueberbauung die Mittel und das Interesse fehlten, um auch die restlichen, für bewilligungsfreie Käufer vorgesehene Wohnungen zu erstellen. Aufgrund des gegebenen gesetzlichen Instrumentariums bestanden keine Möglichkeiten, die von der Bewilligungsbehörde ursprünglich bewilligte Quotenverteilung herzustellen. Sanktionen konnten ebenfalls keine ergriffen werden, da oft eine Umgehungsabsicht der Ersteller fehlte oder nicht nachgewiesen werden konnte.

Aufgrund dieser Erfahrungen ist die Bewilligungsbehörde dazu übergegangen, Ausländerbewilligungen etappenweise - d.h. je nach Baufortschritt - zu erteilen. Ein solches Vorgehen ist durchaus sinnvoll, da nur auf diese Weise die Zielsetzung eines ausgewogenen Anteils erreicht werden kann. Auch bewegt sich die Behörde unseres Erachtens durchaus innerhalb ihres Ermessens, wenn sie die Globalbewilligungen mit entsprechenden Auflagen verfügt.

K A P I T E L 3

KÖRPERSCHAFTEN MIT WIDERRECHTLICHEM ZWECK UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG VON FRAGEN AUS DEM AKTIENRECHT IM LICHT DES BEWG

X. Vereine und Stiftungen mit widerrechtlichem Zweck

1. Begriff der Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 52 Abs. 3 ZGB und Art. 57 Abs. 3 ZGB

Gemäss Art. 52 Abs. 3 ZGB können "Personen, Verbindungen und Anstalten zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken ... das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen."

Entscheidend für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit ist die gesamte schweizerische Rechtsordnung. Riemer bezeichnet als Vereine mit widerrechtlichem Zweck solche, "deren statutarische Aufgabe und Tätigkeitsgebiet gegen zwingende Vorschriften des geltenden Rechts verstösst." ¹ Dabei ist unerheblich, welcher Art dieses objektive Recht ist: Bundesrecht, kantonales Recht, kommunales Recht, öffentliches Recht, privates Recht, Verfassungs-, Gesetzes- oder Rechtsverordnungsrecht, vorausgesetzt, dass dieses Recht "rechtsbeständig" ² sei. Denkbar - und für die weiter unten zu prüfende Frage von Bedeutung - ist nach Riemer auch etwa eine Teilnichtigkeit: "Die Zwecke des Vereins sind an sich zwar zulässig, aber die in den

¹ Riemer, ZSR, S. 81 ff.

² Riemer, ZSR, S. 83; als Recht ohne Rechtsbeständigkeit wird z.B. ein bundesrechtswidriges kantonales Gesetz angeführt

Statuten angegebenen Mittel zu deren Erreichung (welche auch zur Zweckbestimmung gerechnet werden können) sind widerrechtlich..." ³ Denselben Standpunkt nimmt auch Gutzwiller ⁴ ein. Demnach können das Rechtsgeschäft selbst oder aber allein die Mittel zur Erreichung eines an sich erlaubten Zweckes widerrechtlich sein. In der Literatur werden in diesem Zusammenhang als Beispiele angeführt: Nötigung zur käuflichen Abtretung eines Grundstücks mittels politischen Drucks, Abschluss eines (durchaus normalen) Anstellungsvertrages mit bedenklichem Schweigeversprechen ⁵. Im Widerspruch dazu steht aber die frühere, in verschiedenen Entscheiden bestätigte Praxis des Bundesgerichtes, wonach widerrechtlich im Sinne von Art. 52 Abs. 3 ZGB einzig der Zweck des Verbandes sein kann, "während doch auf die Mittel, deren sich der Verband zur Erreichung seines Zweckes bedient, in diesem Zusammenhang nichts ankommen kann." ⁶ Auch in einem Entscheid aus den 50er-Jahren wurde diese Praxis bestätigt, indem unsere höchstrichterliche Instanz sinngemäss festhielt, dass, falls eine Gesellschaft oder Verbandsperson sich zur Erreichung eines Zweckes widerrechtlicher Mittel bedient, dies an ihrem juristischen Bestand nichts ändere ⁷.

2. Rechtswidriger statutarischer oder tatsächlicher Zweck bei Vereinen

Für die Beurteilung der Frage, ob ein Personenverband widerrechtliche Zwecke verfolge, sind in erster Linie die Statuten und allenfalls sich darauf stützende Reglemente und derglei-

³ Riemer, ZSR, S. 84

⁴ Gutzwiller, S. 425

⁵ Gutzwiller, S. 504

⁶ BGE 54 II 160 ff., 62 II 99

⁷ BGE 79 II 118

chen entscheidend. Sind die statutarischen Zwecke eines Vereins nicht widerrechtlich, "begehen aber seine Organe im Rahmen der Erfüllung dieses Zweckes widerrechtliche Handlungen (Verstösse gegen private oder öffentliche Normen, einschliesslich Strafrecht), so kann in der Regel von einem widerrechtlichen Vereinszweck nicht gesprochen werden." ⁸ Sowohl die Organe als auch der Verein selbst können wegen unerlaubter Handlungen beispielsweise zivilrechtlich - die handelnden natürlichen Personen u.U. auch strafrechtlich - belangt werden.

Was bei einer juristischen Person als Zweck zu gelten habe, entscheidet sich indessen nach herrschender Lehre und Praxis nicht allein nach der in der Statuten umschriebenen Tätigkeit; abzustellen ist somit nicht nur auf die Statuten, "sondern auch - und eventuell sogar allein - auf den tatsächlichen verfolgten Zweck.... Wird deren widerrechtliche Tätigkeit - vorausgesetzt ist allerdings, dass sie mit dem betreffenden Verein in Verbindung gebracht werden kann - vom Verein, d.h. insbesondere von anderen Organen desselben (allenfalls aber auch von anderen massgeblichen Personen), trotz Kenntnis nicht unterbunden, sondern geduldet oder gar gefördert, so muss dies als Indiz oder Beweis dafür angesehen werden, dass sich der Verein mit den widerrechtlichen Handlungen identifiziert; damit werden diese - gleichsam durch Induktion - zu tatsächlichen Zwecken des Vereins selbst" ⁹.

Diese Unterscheidung ist aber nach Auffassung des Verfassers dieser Arbeit nur von Belang für die Frage, wann statutarischer und tatsächlicher Zweck auseinanderklaffen. Wie es sich aber bezüglich der hier zur Diskussion stehenden Tatbestände

⁸ Riemer, ZSR, S. 89, für Vereine, wobei diese Ausführungen nach eigener Auffassung des Autors auch für Körperschaften mutatis mutandis Gültigkeit beanspruchen können

⁹ Riemer, ZSR, S. 90 f. und dort zitierte Autoren und Entscheide

des Erwerbs von Grundstücken durch Personen mit Wohnsitz im Ausland verhält, die über die entsprechende Bewilligung nicht verfügen, wird noch zu prüfen sein.

3. Ursprüngliche und nachträgliche Widerrechtlichkeit

Auf die Unterscheidung ursprünglicher und nachträglicher Widerrechtlichkeit der Verbandspersonen wurde bereits oben hingewiesen ¹⁰. Bei einer ursprünglichen Widerrechtlichkeit - d.h., wenn die Verbandsperson von Anfang an einen von unserer Rechtsordnung verpönten Zweck verfolgt - kann die juristische Person gar nicht entstehen, wie sich dies klar aus Art. 52 Abs. 3 ZGB ergibt. Art. 57 Abs. 3 ZGB wiederum spricht von einer gerichtlichen Aufhebung einer juristischen Person wegen Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke und setzt mithin eine juristische Existenz voraus. Von dieser Voraussetzung gehen ganz offensichtlich auch verschiedene Autoren aus: "3. Konfiskation, Abs. 3: Die Bestimmung setzt voraus, dass eine Vereinigung, welche juristische Persönlichkeit erlangt hat (vgl. Art. 52 Abs. 3), in der Folge unsittliche oder widerrechtliche Zwecke zu den ihrigen gemacht und deshalb der richterlichen Auflösung, Art. 78 (Vereine), 88 Abs. 2 (Stiftung) ... (untersteht).... dann finden Abs. 1 und 2 ¹¹ keine Anwendung. Der Anfall findet nicht nur subsidiär statt und die Auflage einer den bisherigen Zwecken entsprechenden Verwendung entfällt ebenfalls." ¹² Daraus kann der Umkehrschluss gezogen werden, dass bei einer von Anfang an bestehenden Widerrechtlichkeit und damit verbundener Nichterlangung des Rechts der Persönlichkeit für die Anwendung von Art. 57 Abs. 3 ZGB kein Raum bleibt. Auch wenn die Konsequenzen daraus nicht nachvoll-

¹⁰ Vgl. Kap. 2, Ziff. 3.2.2.

¹¹ Des Art. 57 ZGB, Anmerkung des Verfassers

¹² Egger, N 5 zu Art. 57

zogen werden, wird die Unterscheidung von ursprünglicher und nachträglicher Widerrechtlichkeit auch von Gutzwiller ¹³ vorgenommen.

Konsequent wird dieselbe Schlussfolgerung hingegen von Riemer gezogen: Art. 78 und Art. 57 Abs. 3 ZGB beziehen "sich nur auf den Fall, da ein Verein wegen nachträglicher Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit des Zweckes (widerrechtlich oder unsittlich gewordener Zweck, sei es aufgrund einer Gesetzesrevision, einer andern Art der Rechtsfortbildung oder einer Wandlung in den sittlichen Anschauungen, sei es aufgrund einer Statutenrevision oder wegen tatsächlicher Verfolgung eines anderen Zweckes) aufgelöst werden muss, nicht dagegen auf den Fall ursprünglicher Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit des Zweckes im Sinne von Art. 52 Abs. 3 ZGB" ¹⁴.

Eine Konfiskation nach Art. 57 Abs. 3 ZGB ist somit bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit ausgeschlossen. Der Richter kann daher bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit lediglich die Nichtigkeit, die Nichtexistenz einer juristischen Person feststellen, nicht aber deren Aufhebung verfügen, wobei er den Schutz gutgläubiger Dritter, die sich auf den Bestand der juristischen Person verlassen durften, selbstverständlich in jedem Fall zu berücksichtigen hat.

Die Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB bleibt somit grundsätzlich nur auf Fälle nachträglicher Widerrechtlichkeit beschränkt. Solche Tatbestände sind durchaus denkbar: "... eine zunächst korrekt verwaltete - und begründete! (Anmerkung des Verfassers) - Stiftung, ein vorläufig ohne monopolistische Tendenzen belastetes Kartell, ein konfessioneller Verein ohne

¹³ Gutzwiller, a.a.O., Seite 504

¹⁴ Riemer, a.a.O., Seite 96/97 und dort angeführte Autoren

verdammenswerten Gewissenszwang einer Entwicklung anheim fallen können, welche ihre Aufhebung rechtfertigen." ¹⁵

Die Argumentation in der Lehre bezüglich ursprünglicher und nachträglicher Widerrechtlichkeit ist unseres Erachtens zutreffend, findet sie doch ihre Bestätigung auch in den Gesetzesmaterialien ¹⁶ sowie in der eindeutigen Formulierung des einschlägigen Gesetzestextes.

4. Rechtswidriger statutarischer oder tatsächlicher Zweck bei Stiftungen

Wie bereits ausgeführt, bezieht sich Art. 52 Abs. 3 ZGB generell auf Personenverbindungen und Anstalten, zu denen sowohl die Vereine als auch die Stiftungen gehören.

Eine weitere Bestätigung des Standpunktes, wonach eine ursprüngliche von einer nachträglichen Widerrechtlichkeit - vor allem auch bezüglich der damit verbundenen Konsequenzen - unterschieden werden muss, ergibt sich auch aus der Regelung im Stiftungsrecht. Art. 88 Abs. 2 ZGB befasst sich ausdrücklich mit widerrechtlich gewordenen Stiftungen; folgerichtig ging nämlich der Gesetzgeber davon aus, dass die ursprüngliche Widerrechtlichkeit durch den Richter nur in Form der Nichtigkeit festgestellt wird, und nicht etwa in Form der Aufhebung, weil ja die Stiftung mit widerrechtlichem Zweck gar nicht entstanden sein kann. Eine Subsumtion unter Art. 57 Abs. 3 ZGB ist deshalb wiederum ausgeschlossen, da diese Bestimmung nur bei nachträglicher Widerrechtlichkeit Anwendung finden kann.

¹⁵ Gutzwiller, S. 505

¹⁶ Vgl. hiezu XIV. hienach

Welche Konsequenzen sich bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit und bei der Feststellung der Nichtigkeit einer Stiftung vor allem bezüglich der Vermögensverwendung bzw. Liquidation ergeben, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Riemer vertritt die Auffassung, dass bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit die Stiftung "ex tunc als nicht existent erklärt wird und das Vermögen, vorbehaltlich allfällige Rechte gutgläubiger Dritter, stets an den Stifter bzw. seinen Erben zurückfällt." ¹⁷

Daran ändert auch nichts, wenn die Stiftung formell rechtsgültig errichtet wurde (öffentliche Beurkundung, letztwillige Verfügung und allenfalls auch bereits erfolgte Eintragung im Handelsregister) ¹⁸.

5. Ergebnis

Art. 57 Abs.3 ZGB ist somit nach Auffassung der erwähnten Autoren bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit nicht anwendbar. Das Ergebnis an sich mag im Einzelfall nicht befriedigen. Berücksichtigt man aber die einschneidenden Konsequenzen des Art. 57 Abs. 3 ZGB, die stark von den Zügen einer Eingriffsverwaltung ¹⁹ geprägt sind, so ist an dieser wissenschaftlich und systematisch einzig vertretbaren Lösung entgegen der Auffassung des Bundesgerichtes ²⁰ festzuhalten.

Das Vereins- oder Stiftungsvermögen fällt daher - wie bereits oben ausgeführt - stets an die Mitglieder, den Stifter oder seinen Rechtsnachfolger zurück, da bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit gar kein Vermögen der juristischen Person entstehen kann. Riemer ²¹ wirft die Frage auf, ob nicht die Be-

¹⁷ Riemer, S. 676, N 24

¹⁸ Riemer, N 32

¹⁹ Riemer, SAG, S. 86/87

²⁰ BGE 112 II 1 f

²¹ Riemer, N 110 und dort zitierte Autoren

stimmugen über die Liquidation der Aktiengesellschaft (Art. 738 bis 747 OR) analog auf die Liquidation der Stiftungen Anwendung finden müssen. Diese Frage wird mit einer meines Erachtens zutreffenden Begründung bejaht. Die erwähnten Bestimmungen des Aktienrechtes finden nämlich auf ähnliche Fälle Anwendung (OR 643 Abs. 3, 736 Ziff. 5 OR bei Gründungsmängeln); massgebend sind in solchen Fällen der Liquidation die Art. 737 ff. OR.

Diese Schlussfolgerungen werden weiter unten für den umgekehrten Fall, nämlich für die Fragestellung, welche Bestimmungen bei der Liquidation der Aktiengesellschaften Anwendung finden, von Bedeutung sein.

Offen ist schliesslich auch, welchem "Gemeinwesen" - ob Bund, Kanton oder Gemeinde - der Erlös zufließen soll.

6. Anwendbarkeit auf Körperschaften des OR

Die obigen Ausführungen haben sich nur auf Vereine und Stiftungen bezogen, nicht zuletzt deshalb, weil - wir haben bereits eingangs darauf hingewiesen - bis zum Zeitpunkt der Verfassung dieser Arbeit erst ein Bundesgerichtsentscheid publiziert wurde, der sich auf andere Körperschaften als den Verein oder auf die Stiftung bezog ²². Nur im Rahmen einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde hatte sich das Bundesgericht früher in einem Entscheid am Rande damit befasst ²³. Von einer gefestigten Praxis kann daher nicht die Rede sein. Auf diese Entscheidung wird weiter unten noch einzutreten sein. ²⁴

²² BGE 112 II 1

²³ BGE 107 I b 12 ff.; vgl. die daran geübte Kritik Riemers in SAG, S. 86 f.

²⁴ vgl. XIII / 2 hiernach

XI. Die Aktiengesellschaft mit widerrechtlichem Zweck

1. Allgemeines

Grundsätzlich wurde weiter oben die Auffassung Riemers und anderer Autoren wiedergegeben, wonach mutatis mutandis die Ausführungen bezüglich widerrechtlichen Vereinen und Stiftungen auch auf die übrigen Personenverbindungen und Körperschaften zutreffen und grundsätzlich anwendbar sind.²⁵

Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit diese Aussagen auch für den hier konkret interessierenden Fall der Aktiengesellschaft mit widerrechtlichem Zweck unter dem Gesichtspunkt der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland ebenfalls Gültigkeit haben.

Bevor wir uns den sich ergebenden Einzelfragen zuwenden, sei vorweg die Bedeutung des Handelsregistereintrages der AG kurz untersucht und bewertet; bedeutsam dürfte wiederum die Unterscheidung von ursprünglicher und nachträglicher Widerrechtlichkeit sein.

2. Die Eintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister als konstitutives Element für die Entstehung

Die Personengesellschaften - Kollektiv- und Kommanditgesellschaft - bedürfen nach schweizerischem Recht zu ihrer Entstehung keines Handelsregistereintrages.²⁶ Der Eintragung kommt daher nur deklaratorische Bedeutung zu. Bei diesen Personengesellschaften genügt mithin grundsätzlich ein Gesellschaftsver-

²⁵ Riemer, ZSR, S. 97/98

²⁶ Vgl. z.B. BGE 56 III 1930, und für andere Patry, S. 140 ff.

trag und die Aufnahme einer kaufmännischen Tätigkeit. Vollkommen unabhängig von einer Eintragung im Handelsregister erwerben ausserdem in Abweichung von der allgemeinen Regel von Art. 52 Abs. 1 ZGB die Vereine, bestimmte Arten von Stiftungen wie auch die Anstalten des öffentlichen Rechts das Recht der Persönlichkeit.

Rechtsbegründend - d.h. konstitutiv - hingegen ist die Eintragung grundsätzlich für privatrechtliche Stiftungen und für alle Gesellschaften mit Rechtspersönlichkeit, d.h. für Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschaft sowie Kommandit-Aktiengesellschaft. Für die Aktiengesellschaft gilt demnach der Grundsatz des Art. 52 Abs. 1 ZGB, wonach "die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen und die einem besonderen Zwecke gewidmeten und selbständigen Anstalten ... das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister " erlangen. Wegen dieser Wirkung nimmt der Handelsregisterführer regelmässig auch eine Prüfung vor, ob die formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Kognitionsbefugnis ist indessen rechtlich und - vor allem - tatsächlich beschränkt, so dass von einer durch die Kontrolle gewährleisteten Ordnungs- und Gesetzesmässigkeit der Gründung nicht gesprochen werden kann. Um berechtigten Interessen Dritter willen und wegen des Prinzips von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr wendet das Bundesgericht seit 1889 ²⁷ die sogenannte Heilungstheorie an, wonach die Aktiengesellschaft trotz Mängel im Gründungsverfahren durch Eintragung im Handelsregister nicht nichtig ist. Die Eintragung hat in Fällen von Gründungsmängeln, die an sich Nichtigkeit nach sich ziehen würden, eine heilende Wirkung. Anlässlich der Revision des Aktienrechtes im Jahre 1936 wurde diese bundesge-

²⁷ BGE 15, S. 619ff., sowie BGE 64 II. 280 f)

richtliche Rechtsprechung berücksichtigt und in OR 643 Abs. 3 positiv-rechtlich geregelt.

3. Die Heilungstheorie nach Art. 643 Abs. 2 OR im Verhältnis zur ursprünglichen Widerrechtlichkeit nach Art. 52 Abs. 3 ZGB

Nun stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach dem Verhältnis von Art. 643 Abs. 2 OR zu Art. 52 Abs. 3 ZGB. Nach der obligationenrechtlichen Bestimmung wird das Recht der Persönlichkeit "durch die Eintragung auch dann erworben, wenn die Voraussetzungen der Eintragung tatsächlich nicht vorhanden waren."

Wie bereits oben festgehalten, kann ein Personenverband die Rechtspersönlichkeit nicht erlangen, wenn sein Zweck widerrechtlich ist. In der Lehre wurde die Bedeutung der Heilungstheorie mehrheitlich relativiert. So können in "aussergewöhnlichen Fällen, etwa bei einer klar widerrechtlichen Zielsetzung der Gesellschaft" ²⁸, absolute Mängel der Gesellschaftsgründung bestehen, die nicht behebbar sind. Dies könne grundsätzlich eine Nichtigkeitsklage zur Folge haben. Denselben Standpunkt nehmen auch Meyer-Hayoz / Forstmoser ²⁹ sowie Forstmoser ³⁰ ein, indem erstere ganz einfach davon ausgehen, dass in Fällen des Art. 52 Abs. 3 ZGB eine unheilbare, absolute Nichtigkeit besteht. Forstmoser führt weiter aus, dass sich die heilende Wirkung "nur auf die Entstehung der Gesellschaft, nicht dagegen auf die anhaftenden Mängel" ³¹ beziehe. Heilung bedeute nur, dass die Gesellschaft trotz der Fehler die

²⁸ Wohlmann S. 331, für die GmbH, wobei diese Ausführungen auch für die AG sinngemäss gelten sollen

²⁹ Meyer-Hayoz / Forstmoser § 9, S. 111

³⁰ Forstmoser § 12 N 13, S. 376

³¹ Forstmoser, S. 376

Rechtspersönlichkeit erlangt. Doch seien "die Mängel grundsätzlich zu beheben" ³². Diese Pflicht zur Behebung wird auch von anderen Autoren statuiert ³³.

Daraus ergibt sich, dass trotz Art. 643 Abs. 2 OR nach der mehrheitlich herrschenden Lehre eine absolute Nichtigkeit bestehen kann, die unheilbar ist. Somit geht Art. 52 Abs. 3 ZGB Art. 643 Abs. 2 OR vor.

Eine andere Auffassung vertritt indessen dezidiert Patry ³⁴. Nach seiner Auffassung ist eine Einschränkung des Anwendungsbereiches der Heilungstheorie abzulehnen. Somit sollen nicht nur wesentliche Rechtsmängel durch die Eintragung im Handelsregister geheilt werden. Mit einigem Recht weist Patry darauf hin, dass der Bestimmung des Art. 643 Abs. 2 OR keine Kriterien für eine restriktive Anwendung der Heilungstheorie entnommen werden können. In einem neueren Entscheid ³⁵ hat das Bundesgericht lediglich die Nichtanwendbarkeit der Heilungstheorie mit dem Argument begründet, dass es sich im konkreten Fall um eine privatrechtliche Stiftung handelte. Inwiefern indessen, d.h. mit welcher Begründung das Bundesgericht in einem hier interessierenden Fall die Anwendbarkeit des klaren Grundsatzes, verneint hat, nach dem "der Bestand der AG durch die erfolgte Eintragung im Handelsregister trotz allfälligen Gründungsmängeln gesichert sei", wird in der grundsätzlichen Darlegung dieses Bundesgerichtsentscheides einer kritischen Würdigung unterzogen.

³² Forstmoser, S. 376

³³ Wohlmann, S. 331

³⁴ Patry S. 140 ff., besonders S. 150

³⁵ BGE 96 II 273

4. Der Vorbehalt des Art. 59 Abs. 2 ZGB

Nach Art. 59 Abs. 2 ZGB stehen Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, unter den Bestimmungen über die Gesellschaften. Um eine solche Personenverbindung geht es unbestrittenermassen bei der AG. Nun stellt sich die Frage, ob dieser Vorbehalt absolut gilt, d.h. ob aufgrund dieser Bestimmung auch die Art. 52 - 58 ZGB für die AG überhaupt nicht zur Anwendung gelangen.

Ganz offensichtlich geht die herrschende Lehre davon aus, dass Art. 59 Abs. 2 ZGB die Anwendung der Art. 52 - 58 auf Personenverbindungen mit wirtschaftlichem Zweck nicht ausschliesst. Dies ergibt sich schon allein aus der in der Lehre mehrheitlich vertretenen Relativierung des Art. 643 Abs. 2 OR im Lichte von Art. 52 Abs. 3 ZGB. Allerdings drängt sich unseres Erachtens diesbezüglich eine Präzisierung auf.

Unbestritten dürfte sein, dass Art. 59 Abs. 2 ZGB eine primäre Anwendung der Spezialgesetzgebung vorbehält. Die Bestimmungen des ZGB sollen demnach dann zum Zuge kommen, wenn der Spezialgesetzgebung für wirtschaftliche Personenverbände des Obligationenrechtes keine Vorschriften entnommen werden können ³⁶. Bestätigt findet sich dieser Standpunkt auch bei von Steiger, indem dieser Autor festhält, dass die rechtliche Natur der Gesellschaft vor der Gründung sehr umstritten sei. Grundsätzlich stehe aber "die Aktiengesellschaft auch im Gründungsstadium unter den Bestimmungen des Aktienrechtes." ³⁷ Diese u.E. zutreffende Auffassung wird noch weiter unten in Zusammenhang mit der Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB

³⁶ Vgl. in diesem Sinne Tuor / Schnyder S. 105 und dort zitierter Entscheidung BGE 52 II 230

³⁷ Von Steiger, S. 127

von Belang sein. Kann aber eine Personenverbindung mit widerrechtlicher Zielsetzung die Rechtspersönlichkeit nicht erlangen, so befindet sie sich in einer ähnlichen Situation wie eine Gesellschaft im Gründungsstadium ³⁸, und es sind neben aktienrechtlichen Bestimmungen auch jene Sanktionen anwendbar, die für andere Tatbestände nach Zivilrecht vorgesehen sind ³⁹, sofern eine allenfalls zur Anwendung gelangende Spezialgesetzgebung nicht Verjährungsfristen vorsieht, die bereits abgelaufen sind.

5. Der Tatbestand der nachträglich Widerrechtlichkeit bei der Aktiengesellschaft

Wie oben dargelegt, schliesst die Lehre unseres Erachtens zu Recht die Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit aus, da eine gar nicht existierende juristische Person auch nicht "gerichtlich aufgehoben" werden kann. Art. 57 Abs. 3 ZGB bleibt daher beschränkt auf Fälle der nachträglich eingetretenen Widerrechtlichkeit. Die Feststellung der Subsidiarität zu Art. 59 Abs. 2 ZGB gilt aber auch für Tatbestände, die allenfalls unter Art. 57 Abs. 3 ZGB fallen könnten. Diesem Umstand ist auch bei der weiter unten einer Kritik zu unterziehenden Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB auf Aktiengesellschaften, die zum Zwecke der Gesetzesumgehung gegründet wurden bzw. bei denen die Widerrechtlichkeit nachträglich eingetreten ist, Rechnung zu tragen.

³⁸ wobei u.E. sinngemäss und subsidiär die Bestimmungen über die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) zur Anwendung gelangen, sofern dem Aktienrecht keine besondere Regelung entnommen werden kann

³⁹ etwa Nichtigkeit (Art. 20 OR), absichtliche Täuschung (Art. 28 OR), ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 OR) oder gar unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR)

Bei der nachträglich eingetretenen Widerrechtlichkeit - etwa bei Veräußerung von Aktienpaketen von Immobilienaktiengesellschaften an Personen mit Wohnsitz im Ausland, die der Bewilligungspflicht unterstehen - stellt sich aber auch die Frage nach der zu treffenden Remedur - so etwa, ob es nicht ausreichen würde, die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu verlangen. Eine solche rechtliche Grundlage fehlt aber im Aktienrecht. Auch wäre die Rückübertragung von Inhaberaktien nicht kontrollierbar. Zurückzugreifen ist daher auf die Spezialgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland. Auf die Klage nach Art. 52 Abs. 3 ZGB bzw. Art. 57 Abs. 3 ZGB wurde indessen in den bisher bekannten Fällen nur bei nach der Spezialgesetzgebung bereits verjährten Tatbeständen zurückgegriffen, was nach Auffassung des Verfassers dieser Arbeit nicht ganz unproblematisch ist.

Sind aber nach herrschender Lehre die Folgen einer Auflösung bei nachträglicher Widerrechtlichkeit der Spezialregelung des Obligationenrechtes unterstellt und kommt demnach auch dem Art. 57 Abs. 3 ZGB nur subsidiäre Bedeutung zu, so müssten folgerichtig im Falle einer Auflösung zumindest die einschlägigen Bestimmungen des OR für die Liquidation Berücksichtigung finden ⁴⁰.

⁴⁰ Vgl. Art. 736 ff. OR, insbesondere Art. 745 OR bezüglich Verwendung des Vermögens

6. Die Frage der Klagелеgitimation

6.1. Bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit

Lehre und Praxis sind sich einig, dass das Klagerecht auf Feststellung der Nichtigkeit im Sinne von Art. 52 Abs. 3 ZGB auch jedem Dritten zusteht, der ein berechtigtes Interesse nachzuweisen vermag, also nicht nur Gläubigern und Mitgesellschaftern des nichtigen Personenverbandes⁴¹. Diese weitgefasste Klagелеgitimation erscheint unseres Erachtens vertretbar, da ein etwa allein auf Gläubiger und Aktionäre beschränktes Klagerecht legitimen Bedürfnissen nach einer Anwendung und Durchsetzung des Art. 52 Abs. 3 ZGB nicht gerecht werden könnte.

6.2. Bei nachträglicher Widerrechtlichkeit

Berücksichtigt man die materiellen Folgen des Art. 57 Abs. 3 ZGB - nämlich den Verfall des Vermögens an das Gemeinwesen -, so ist an der Klagелеgitimation des Gemeinwesens wohl kaum zu zweifeln.

7. Schlussfolgerungen

Bevor nachfolgend auf die Problemstellung der widerrechtlichen Aktiengesellschaft im Lichte der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eingetreten wird, seien die unseres Erachtens wichtigen Ergebnisse dieses Abschnitts kurz zusammengefasst:

⁴¹ Für viele: Meier-Hayoz / Forstmoser, S. 112, und auch Wohlmann, S. 331

- a) Die konsequente Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Widerrechtlichkeit zieht Rechtsfolgen nach sich, die in ihrer Wirkung erheblich voneinander abweichen, wie dies noch zu zeigen sein wird.
- b) Die Heilungstheorie im Sinne von Art. 643 Abs. 2 OR wird nach mehrheitlicher Auffassung in der Lehre durch Art. 52 Abs. 3 ZGB in ihrer Bedeutung relativiert.
- c) Der Tatbestand des Art. 52 Abs. 3 ZGB schliesst die Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB aus, da in diesem Fall die juristische Person per definitionem gar nicht entstanden sein kann.
- d) Bei einer nachträglichen Widerrechtlichkeit von Aktiengesellschaften ist die Spezialgesetzgebung des OR zu berücksichtigen. Art. 57 Abs. 3 ZGB ist im Lichte von Art. 59 Abs. 2 ZGB subsidiär anwendbar.

XII. Die Auslegungsmethoden im Verwaltungsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Akten der Eingriffsverwaltung im Sinne von Art. 57 Abs. 3 ZGB.

Art. 57 Abs. 3 ZGB stellt zweifelsohne "ein Stück materielles Verwaltungsrecht" ⁴² dar. Auch das Bundesgericht hat dies in einem publizierten Entscheid anerkannt, indem es ausführt, bei Art. 57 Abs. 3 gehe es um eine gerichtliche Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und damit von öffentlichen Interessen ⁴³.

Es erscheint wesentlich, sich an dieser Stelle kurz mit der Auslegungsmethodik unserer höchstrichterlichen Instanz auseinanderzusetzen, um die Grundlagen für die weiter unten vorzunehmende Beurteilung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu erarbeiten.

Lehre und Rechtsprechung haben sich wiederholt zur Frage der Auslegung im Verwaltungsrecht geäußert ⁴⁴. Gemäss vorherrschender Auffassung ist Zweck jeder Auslegung, den Rechtssinn einer Vorschrift zu erkennen. Prinzipiell ist davon auszugehen, dass jeder Rechtssatz auszulegen ist. "... selbst die sprachlich einwandfreie Aussage bedarf noch der Deutung auf ihren Rechtssinn." ⁴⁵

Auszugehen ist dabei vom Sprachsinne unter Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsmethoden ⁴⁶. Die Auslegungsmethoden führen gemäss Gygi ⁴⁷ vom Gegenstand der Auslegung (Wortlaut des Rechtssatzes) zum Ziel der Auslegung (Rechtssinn des

⁴² Riemer, SAG, S. 86/87

⁴³ BGE 112 II 3

⁴⁴ Vgl. neustens Gygi, S. 133 ff

⁴⁵ Gygi, S. 135, BGE 97 I 364, 110 I b 8

⁴⁶ Vgl. dazu oben S. 20 ff.

⁴⁷ Gygi, S. 137

Rechtssatzes): Die einzelnen Auslegungsmethoden erweisen sich nicht bei jedem Rechtssatz als ergiebig. Da es keine feste Rangfolge unter den verschiedenen üblichen Auslegungsmethoden gibt, werden jeweils die passenden, der zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden zur Anwendung kommen. Der Auslegungsbefund bedarf einer Begründung ⁴⁸ und beruht auf einer Gesamtwürdigung aller Auslegungsgründe, die im Einzelfall nahnhaft gemacht werden können. Erkenntnisquellen des Rechtssinnes sind das historische ⁴⁹, das systematische ⁵⁰ und das teleologische ⁵¹ Auslegungsverfahren. Die verfassungskonforme Auslegung hat Vorrang, falls verschiedene Auslegungsmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen führen ⁵². Praktikabilität und Vernunftgründe sind als Auslegungsargumente neben den logischen Auslegungsfolgerungen zu beachten.

Allerdings kann festgestellt werden, dass den Gesetzesmaterialien im Verwaltungsrecht - und mithin dem historischen Willen des Gesetzgebers - grosse Bedeutung zukommt, auch wenn das Bundesgericht durch die Anwendung der objektiv-zeitgemässen Auslegungsmethode den historischen Willen des Gesetzgebers stark relativiert. In BGE 91 I 103 hält das Bundesgericht zu dieser Frage wörtlich fest: "Was der historische Gesetzgeber gewollt hat, ist für die Rechtsanwendung nicht von vornherein entscheidend, weil eine Norm mit der Zeit infolge veränderter Verhältnisse eine andere Bedeutung erlangen kann, als ihr am Anfang zugeschrieben wurde." ⁵³. Die Bedeutung der historischen Methode wird vom Bundesgericht in BGE 98 I b 380 festgehalten, indem ausgeführt wird, dass auf den Willen des histo-

⁴⁸ Vgl. Gygi, S. 137

⁴⁹ BGE 103 I b 280, 106 I b 62, 108 I a 37, 109 I b 272, 298 ff.

⁵⁰ Vgl. BGE 100 I b 209 f., 101 I a 319 f., 109 I b 271 f.

⁵¹ Vgl. BGE 98 I b 483, 102 I b 285 f.

⁵² Vgl. Kälin, S. 40

⁵³ BGE 91 I 103 wörtlich wiedergegeben in Imboden / Rhinow, S. 130

rischen Gesetzgebers nur dann abgestellt werden dürfe, wenn er im Wortlaut des Gesetzes selbst Ausdruck gefunden habe, dem Sinn der Bestimmung entspreche und der Systematik des Erlasses Rechnung trage.

Ist aber Art. 57 in seinen Auswirkungen einer Eingriffsverwaltung gleichgestellt, so drängt sich die Anwendung der Auslegung von Verwaltungsrechtsnormen aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geradezu auf. Möglich ist wie ausgeführt die Erforschung des Sinngehaltes einer Norm unter kumulativer Zuhilfenahme aller passenden Auslegungsmethoden, nämlich der grammatikalischen, systematischen, historischen und teleologischen. Imboden / Rhinow ⁵⁴ führen aber aus, dass in der Regel das grammatikalische Element eine dominierende Rolle spiele. Die übrigen Auslegungsmethoden würden etwa zur Begründung eines Ergebnisses zusätzlich herangezogen, oder aber "sie werden im Sinne einer vom Wortlaut des Gesetzes abweichenden Interpretation verwendet und deshalb nur unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erklärt." ⁵⁵ Hervorgehoben wird von den genannten Autoren auch das systematische Element, dem dann massgebliche Bedeutung zukomme, "wenn sich der Sinngehalt einer Rechtsnorm aus dem Zusammenhang mit anderen Rechtsnormen ergebe," ⁵⁶ und zwar selbst entgegen dem Wortlaut.

Wesentlich erscheint für die Ausführungen unter XIII. dieser Arbeit die weitere Feststellung der genannten Autoren, wonach eine differenzierte Betrachtungsweise davon ausgehen müsse, "dass es für die Rechtsfindung und die Gesetzesauslegung jeweiligen nicht nur ein einziges Erkennungsmittel gibt. Weder darf allein das Wort des Gesetzes den Ausschlag geben, noch darf allein auf das gesetzgeberische Motiv abgestellt werden,

⁵⁴ A.a.O., S. 131, vgl. aber Gygi, S. 138

⁵⁵ A.a.O., S. 131

⁵⁶ A.a.O., S. 131 mit Verweisen, vgl. dazu auch Gygi, S. 137

sondern es müssen alle Möglichkeiten zur Ermittlung des Sinngehaltes des Gesetzes (Zusammenhang im Gesetz oder Rechtssystem, Gesetzesmaterialien, allgemeine Rechtsregeln wie etwa der sog. Vorbehalt des Gesetzes, die Gleichheit vor dem Gesetz usw., die Einsicht in das brauchbare, zeitgemässe Ergebnis herangezogen werden (ORK 1940 Nr. 1))." 57. In BGE 100 I b S. 386 hält das Bundesgericht weiter fest, dass ein Rechtssatz in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihm zugrunde liegenden Wertungen auszulegen sei; die Entstehungsgeschichte der Norm könne dabei ein wertvolles Hilfsmittel sein, den Sinn der Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden.

Ob das Bundesgericht bei der Auslegung des Art. 57 Abs. 3 ZGB in dem unter XIII. zu besprechenden konkreten Tatbestand den eigenen Auslegungsregeln gerecht wurde, wird noch im Rahmen einer kritischen Prüfung zu untersuchen sein. Aufgrund der eigenen Feststellungen unserer höchstrichterlichen Instanz dürfte aber in jedem Fall feststehen, dass bezüglich der Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB die gleichen Auslegungsmassstäbe wie im Verwaltungsrecht angewendet werden müssen.

57 A.a.O. S. 131

XIII. Die vom Bundesgericht eingeschlagene Praxis

1. Bundesgerichtsentscheid 107 I b 12

Einen Hinweis auf die mögliche Anwendbarkeit der Art. 52 Abs. 3 und Art. 57 Abs. 3 ZGB in Fällen von Verstössen gegen die Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland wurde bereits in einem früheren Urteil in den Erwägungen angebracht⁵⁸. Riemer nahm dazu in einer kritischen Betrachtung mit einer unseres Erachtens zutreffenden Argumentation Stellung⁵⁹.

Aus den Erwägungen ergibt sich, dass das Bundesgericht sich aufgrund der Heilungstheorie gemäss Art. 643 Abs. 2 OR auf den Standpunkt stellt, die Aktiengesellschaft habe wegen des Handelsregistereintrages die Rechtspersönlichkeit erlangt. Weiter führt das Bundesgericht aus, dass dies keineswegs bedeute, dass Art. 52 Abs. 3 ZGB unbeachtet bleiben müsste, folgert aber weiter ganz einfach, dass eine Aktiengesellschaft mit widerrechtlichem Zweck aufzulösen sei und ihr Vermögen nach Art. 57 Abs. 3 dem Gemeinwesen ver falle. Worin denn die Berücksichtigung des Art. 52 Abs. 3 bei dieser Schlussfolgerung erblickt werden könnte, lässt das Bundesgericht indessen offen.

Diese Argumentation unserer höchststrichterlichen Instanz überzeugt daher wenig. Zurecht weist Riemer darauf hin, dass die Schlussfolgerung einer behördlichen Konfiskation etwas voreilig war, weil sich Art. 57 Abs. 3 ZGB nur auf nachträgliche und nicht auf ursprüngliche Widerrechtlichkeit des Zweckes beziehen könne. Ist nämlich eine juristische Person von Anfang an widerrechtlich, so ist die Anwendung des Art. 57 Abs. 3 OR

⁵⁸ BGE 107 I b Seite 12

⁵⁹ Riemer, SAG, S. 86/87

ausgeschlossen, weil sie ja - unabhängig von der Heilungstheorie - gar nicht entstanden sein kann. Die obligationenrechtliche Bestimmung des Art. 643 Abs. 2 darf kaum zur Folge haben, dass die Aktiengesellschaft mit ursprünglich widerrechtlichem Zweck schlechter gestellt wird, als beispielsweise die Stiftungen oder die Vereine, wurde doch Art. 643 Abs. 2 OR zu einem anderen Zwecke erlassen - jedenfalls nicht in der Absicht, eine einmal - und hier zu Beginn ihrer Entstehung - begangene Widerrechtlichkeit zu perpetuieren und praktisch jede Verjährung auszuschliessen. Darüber mehr weiter unten.

Hinzu kommt, dass mit Riemer "im Bereich fatalster Eingriffsverwaltung" ⁶⁰ in vorzüglicher Weise auf die Materialien zurückgegriffen werden muss. Solch schwere Eingriffe können ausserdem nur geduldet werden, wenn eine absolut klare und eindeutige gesetzliche Grundlage gegeben ist. Eine Vermögenskonfiskation ist daher im vorliegenden Fall ausgeschlossen, und die zuständige Behörde hat sich auf die Anwendung der im Bewilligungsbeschluss vorgesehenen, der Verjährung unterliegenden Sanktion zu beschränken ⁶¹. Dieses Postulat der streng reglementierten Eingriffsverwaltung findet ihren Niederschlag sowohl in Literatur als auch in zahlreichen Entscheidungen des Bundesgerichtes ⁶².

⁶⁰ Riemer, S. 87

⁶¹ Art. 22 BewB

⁶² Vgl. Fussnote 45 hievor, beachte ausserdem die Ausführungen im Kap. 4 dieser Arbeit.

2. Bundesgerichtsentscheid 112 II 1 ff.

2.1. Der konkrete Tatbestand

"A. - Im April 1972 gründete der in München wohnhafte deutsche Staatsangehörige Hanns Maier zusammen mit zwei Schweizern die Aktiengesellschaft Wohnbau AG Giswil mit Sitz in Giswil. Das Aktienkapital dieser Gesellschaft beträgt Fr. 100'000.--. Es ist in 100 Namenaktien zu Fr. 1'000.-- eingeteilt, wovon Hanns Maier 23 und einer der Schweizer Bürger 76 Aktien übernahmen. Der schweizerische Mehrheitsaktionär war indessen bloss Treuhänder für Hanns Maier oder dessen Sohn.

Der statutarische Zweck der Wohnbau AG Giswil besteht in der Erstellung von Bauten, dem Handel mit Beteiligungen an Liegenschaften aller Art sowie der Erbringung von Dienstleistungen im Bausektor insbesondere auf dem Gebiete des Wohnungsbaus. Am 25. Mai 1972 erwarb die Wohnbau AG Giswil die Parz. Nr. 782, Diechtersmatt, in Giswil. Andere Geschäftstätigkeiten sind nicht bekannt geworden. Mit Urteil vom 5. März 1981 erklärte das Bundesgericht den Erwerb des erwähnten Grundstückes als nichtig, da die Wohnbau AG Giswil im Zeitpunkt des Erwerbs finanziell von Maier und damit ausländisch beherrscht gewesen sei.

B. - Am 19. Januar 1982 reichte der Kanton Obwalden beim Kantonsgericht Obwalden Klage ein mit dem Rechtsbegehren, es sei die Nichtigkeit der Wohnbau AG Giswil festzustellen, die Liquidation anzuordnen und der Liquidationserlös dem Kanton Obwalden zuzusprechen. Das Kantonsgericht hiess die Klage am 2. November 1984 gut.

Gegen dieses Urteil appellierte die Wohnbau AG Giswil an das Obergericht des Kantons Obwalden. Mit Urteil vom 15. April 1985 wies dieses die Appellation ab und bestätigte das Urteil des Kantonsgerichts.

C. - Mit Berufung vom 4. Juni 1985 wendet sich die Wohnbau AG Giswil gegen das Urteil des Obergerichtes des Kantons Obwalden an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Abweisung der Klage. Ev. sei das Urteil insoweit aufzuheben und die Klage im gleichen Umfang abzuweisen, als dem Kläger der Nettoerlös aus der Liquidation der Beklagten zugesprochen und die Liquidation nach den Weisungen des Kant. Gerichts angeordnet sei. Mit Schreiben vom 13. Dezember 1985 hat sie ausserdem einen zweiten Schriftenwechsel beantragt.... Der Kanton Obwalden beantragt die Abweisung der Berufung." 63

2.2. Erwägungen des Bundesgerichtes

Es erscheint zweckmässig, ausführlich auf die Argumentation des Bundesgerichtes einzutreten, um dann in einem weiteren Abschnitt die Ausführungen einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

- a) Das Bundesgericht anerkennt grundsätzlich die besondere öffentlich-rechtliche Natur des Art. 57 Abs. 3 ZGB, indem es ausführt, dass es bei dieser Klage auf gerichtliche Aufhebung einer juristischen Person um "die Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und damit des öffentlichen Interesses gehe" 64.

63 BGE 112 II 2

64 A.a.O., S. 3

Nach Auffassung der handelnden Organe der betroffenen AG ist Art. 57 ZGB auf Aktiengesellschaften nicht anwendbar. Das Bundesgericht führt diesbezüglich aus, dass diese Ansicht sich vertreten lasse, wenn allein auf die Materialien abgestellt werde: "In der Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuches wurde ausgeführt, die Vorschriften betr. die Vermögensverwendung im Falle der Auflösung einer juristischen Person würden sich an die bisher geltende Bestimmung des Obligationenrechts anschliessen, sollten aber nicht nur für Vereine Geltung haben, sondern für alle juristischen Personen, mit Ausnahme der Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften (BBl 1904 Bd. 4, Seite 20)." ⁶⁵ Auch ein Teil der Literatur schliesse sich dieser Auffassung an (Gutzwiller, Schweiz. Privatrecht, Bd. II, Seite 508 f Anm. 122, sowie Egger, N 6 zu Art. 58 ZGB). Das Bundesgericht habe indessen "wiederholt erkannt, dass das Gesetz in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihm zugrunde liegenden Wertungen" ⁶⁶ auszulegen sei. So seien die Vorarbeiten weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend. Für den Richter verbindlich können nur die Normen selber sein. Lediglich bei unklaren oder unvollständigen Bestimmungen können die Materialien als wertvolles Hilfsmittel herangezogen werden, um den Sinn einer Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden. Gerade diese Voraussetzungen - so das Bundesgericht - seien in casu aber nicht gegeben. Die systematische Stellung des Art. 57 ZGB lasse darauf schliessen, dass diese Bestimmung "klarerweise auf alle juristischen Personen anwendbar" ⁶⁷ sei.

⁶⁵ A.a.O., S. 3

⁶⁶ A.a.O., S. 4

⁶⁷ A.a.O., S. 4

- c) Auch Art. 59 Abs. 2 ZGB lasse keinen anderen Schluss zu. Diese Bestimmung behalte lediglich die besonders vorgesehene Körperschaftsform bei wirtschaftlicher Zielsetzung vor, nämlich jene der Genossenschaft oder Aktiengesellschaft.
- d) Bei einer gerichtlichen Aufhebung gemäss Art. 57 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Abs. 1 gelte es ausserdem zu beachten, dass die Anwendung gesetzlicher, statutarischer oder sonstiger Sonderbestimmungen ausdrücklich ausgeschlossen sei. Die Folge sei "allgemein der Verfall des Vermögens z.G. des Gemeinwesens" ⁶⁸, in casu des Kantons Obwalden.
- e) Aus den verbindlichen Feststellungen ergebe sich, dass die Beklagte, d.h. die Aktiengesellschaft - ihre widerrechtlichen Zwecke von allem Anfang an verfolgt habe. Gestützt auf Art. 52 Abs. 3 ZGB habe sie die Rechtspersönlichkeit nicht erlangen und auch kein Vermögen erwerben können, was grundsätzlich die Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB ausschliesse. Zur Begründung dieser Auffassung könne man sich wiederum auf die Materialien sowie weitgehend auf die in der Lehre vertretenen Meinungen stützen ⁶⁹.

Das Bundesgericht kommt aber gleichwohl zum Schluss, dass diese Auffassung der Nichtanwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB im Lichte des Art. 52 Abs. 3 ZGB nirgends begründet werde und dass beispielsweise auch nach Riemer sie auf einer formal-juristischen Betrachtungsweise beruhe ⁷⁰. Die Auffassung des Bundesgerichtes, wonach Art. 57 Abs. 3 ZGB auch bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit herangezo-

⁶⁸ A.a.O., S. 5, mit Verweisen

⁶⁹ A.a.O., S. 5, mit Verweisen

⁷⁰ A.a.O., S. 6

gen werden könne, finde sich auch in der älteren Lehre bestätigt ⁷¹.

- f) Auch bezüglich der vom Gesetz gewählten, unterschiedlichen Terminologie in Art. 88 Abs. 2 ZGB für Stiftungen, in dem nur die Rede von widerrechtlich gewordenen Stiftungen ist, und Art. 78 ZGB für Vereine, indem ganz allgemein von der Rechtsfolge der Aufhebung die Rede ist, wenn der Zweck widerrechtlich oder unsittlich sei, ändere an dieser Meinung nichts. Bereits in früheren Entscheidungen habe nämlich das Bundesgericht festgehalten, dass auch Stiftungen durch ein gerichtliches Urteil aufgehoben werden müssen, wenn sie von Anfang an ungültig gewesen seien. Der Rechtsschutz dürfe in dieser Hinsicht bei Stiftungen nicht geringer sein als bei Vereinen (BGE 76 I 44 f, 73 II 83). In Fällen von ursprünglicher Widerrechtlichkeit und der sich daraus ergebenden Nichtexistenz von Stiftungen geht somit das Bundesgericht von einer einstweilen formalen Existenz aus, "so dass es in einem gegen sie durchgeführten Verfahren zur gerichtlichen Nichtigerklärung mit Feststellungscharakter kommen könne" ⁷². Bei Aktiengesellschaften schliesslich gelte es zu beachten, dass das Bundesgericht sich gestützt auf Art. 643 Abs. 2 OR der sogenannten Heilungstheorie angeschlossen habe. Art. 52 Abs. 3 ZGB bleibe aber deshalb nicht unbeachtlich. Die betreffende Aktiengesellschaft sei somit nach Art. 57 Abs. 3 ZGB aufzulösen und ihr Vermögen falle an das Gemeinwesen. Aus der Sicht des Bundesgerichtes bestehe kein Anlass, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen.

⁷¹ A.a.O., S. 6, mit Verweisen

⁷² A.a.O., S. 6, mit Verweis auf BGE 90 II 387

Riemer selbst habe zudem trotz seinen Bedenken bezüglich klarer Rechtsgrundlage anerkannt, dass die Auffassung des Bundesgerichtes in BGE 107 I b 15 f bei objektiv-zeitgemässer Auslegung zutreffend sei ⁷³.

- g) Erst das seit 01.01.85 geltende Bundesgesetz sieht ausdrücklich die Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB bei Verstössen gegen die Vorschriften für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vor. Das Bundesgericht führt aber diesbezüglich aus, dass dies nicht einfach zur Folge haben könne, der damals geltende Bewilligungsbeschluss als *Lex specialis* schliesse die Klage auf Aufhebung nach Art. 57 Abs. 3 ZGB aus. Bereits in den BGE 107 I b 15 f und 107 I 189 sei eine solche Klage ins Auge gefasst worden, und es bestehe kein Grund, von dieser Auffassung abzuweichen ⁷⁴.
- h) Der Ausschluss der Anwendbarkeit des Art. 66 OR gemäss Art. 20 Abs. 2 BewB bedeute nicht, dass bei der Aufhebung einer juristischen Person Art. 57 Abs. 3 ZGB nicht angewendet werden könne. Art. 66 OR habe lediglich eine Vereinfachung der Rückabwicklung des rechtswidrigen Geschäftes zum Ziele ⁷⁵.
- i) Unerfindlich sei auch - so das Bundesgericht - worin eine Schlechterstellung der juristischen Person gegenüber der natürlichen Person erblickt werden könne. Es sei selbstverständlich, dass bei der natürlichen Person nur die Nichtigerklärung des einzelnen Rechtsgeschäftes in Frage kommen kann, wenn bei juristischen Personen eben auch deren Aufhebung möglich sei ⁷⁶.

⁷³ A.a.O., S. 7

⁷⁴ A.a.O., S. 10

⁷⁵ A.a.O., S. 11

⁷⁶ A.a.O., S. 11

XIV. Grundsätzliche Fragen nach den anwendbaren Bestimmungen und Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

1. Das Verhältnis der Spezialgesetzgebung zum Aktienrecht und zu den allgemeinen Bestimmungen des Körperschaftsrechtes

1.1. Art der Widerrechtlichkeit

Weiter oben wurde in Zusammenhang mit der kurzen Skizzierung der Widerrechtlichkeit bei Vereinen die Auffassung verschiedener Autoren wiedergegeben, wonach auch bloss die Widerrechtlichkeit der Mittel zu einer Widerrechtlichkeit des Personenverbandes führen kann. Gleichzeitig wurde aber auch angemerkt, dass diese Auffassung in Widerspruch zur früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht, wonach es auf die Mittel allein nicht ankommen dürfe ⁷⁷.

In den hier zur Diskussion stehenden Fällen liegt ein Verstoß gegen eine Spezialgesetzgebung vor - eine Spezialgesetzgebung, die eindeutige Verjährungsfristen vorsieht. Eine einmal eingetretene Verjährung - darauf ist weiter unten noch zurückzukommen - hat die grundsätzliche Unangreifbarkeit eines an sich rechtswidrigen oder sonst anfechtbaren Rechtszustandes zur Folge. Unabhängig davon, ob die Auffassung vertreten wird, dass die Art. 52 - 59 ZGB auch auf Aktiengesellschaften Anwendung finden sollen, müssen grundsätzlich folgende Besonderheiten bei einer unzulässigen Kapitalbeteiligung - und nur um solche wird es sich regelmässig handeln - beachtet werden. Lediglich der Einsatz von ausländischem Kapital bzw. die Beteiligung mit solchem an

⁷⁷ BGE 79 II 118

einer Immobilienaktiengesellschaft ist untersagt, und zwar nach der Spezialgesetzgebung. Der Erwerb von Immobilien an sich hingegen ist dieser Körperschaft gestattet. Die Aktiengesellschaft ist nach erfolgter Gründung und nach erfolgtem - vielleicht unzulässigem - Einsatz von ausländischem Kapital in völlig legaler Weise tätig. Dies hat aber nach unserer Auffassung zur Folge, dass Tatbestände - zivilrechtlicher und strafrechtlicher Art - nur nach dieser Spezialgesetzgebung allein beurteilt werden dürfen. Es sei daran erinnert, dass die Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen mit Wohnsitz im Ausland ein Spezialgesetz sowohl zum Aktienrecht als auch zum Personenrecht darstellt.

Eine konsequente Fortführung der nunmehr eingeschlagenen Praxis des Bundesgerichtes hätte zur Folge, dass praktisch ständig bei Aktiengesellschaften - und nicht nur bei Immobilienaktiengesellschaften! - die Herkunft der Mittel einer besonderen Prüfung unterzogen werden müsste, und zwar einzig und allein unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Bestimmungen für Körperschaften nach Art. 52 - 59 ZGB. Dies führt zu einem widersinnigen Ergebnis. Jede Gesellschaft, die etwa mit veruntreutem oder in anderer von unserer Rechtsordnung verpönten Art und Weise beschafftem Kapital einmal tätig gewesen ist, müsste letztlich aufgelöst werden bzw. könnte die Rechtspersönlichkeit nie erlangen, und zwar ohne Berücksichtigung der Tatsache, dass der statutarische und/oder tatsächliche Zweck völlig legal ist. Das Widersinnige besteht nun vor allem darin, dass die Aktiengesellschaft für sich allein betrachtet einer Beurteilung unterzogen ist, anstatt jene Normen heranzuziehen, die die Art der Beschaffung der Mittel positiv-rechtlich untersagen ⁷⁸.

⁷⁸ Vgl. hiezu auch Druey, S. 183: Die eingeschlagene Praxis des Bundesgerichtes führe dazu, dass der Durchgriff auf die Organe der AG nicht die Ausnahme bilden, sondern zur Regel werden.

Die Auffassung, wonach von einer "Widerrechtlichkeit der Zielsetzung" bei einer Aktiengesellschaft, wie sie hier zur Diskussion steht, nicht gesprochen werden kann, wird auch in einer neueren gutachtlichen Meinungsäusserung vertreten: "Non può ammettersi lo scopo illecito di una società anonima svizzera con finalità immobiliari per il solo fatto di aver acquistato immobili in violazione delle disposizioni della legislazione speciale." 79

1.2. Die abschliessende Regelung im Spezialgesetz

Es fragt sich bei solchen Spezialerlassen, die diese Sanktionen vorsehen, ob sie als abschliessende Regelung gedacht sind. Zu prüfen ist daher das Verhältnis des Spezialgesetzes zu den allgemeinen Bestimmungen.

Bei einer näheren Betrachtung dieser Sanktionen kann uns schwer festgestellt werden, dass diese in wesentlichen Punkten in ganz erheblichem Masse von den Regelungen im Personenrecht und Aktienrecht abweichen 80. Interessant ist auch ein Vorbehalt bezüglich des Bundesgesetzes über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, der sich im Art. 18 der Lex von Moos findet. Berücksichtigt man die Bedeutung der Vorschriften des Personenrechtes, und hier insbesondere jene des Art. 57 Abs. 3 ZGB mit ihren einschneidenden Konsequenzen, so darf wohl nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass der Gesetzgeber nun gerade die Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB für Verstösse gegen die Spezialgesetzgebung stillschweigend vorbehalten hätte. Somit gelangt man zum Schluss, dass die getroffene Ordnung in den Bundesbeschlüssen als allein massgebend und abschliessend zu betrachten

79 Broggini, un parere, S. 9

80 Vgl. hiezu etwa Art. 11 Abs. 3 sowie Art. 13 Abs. 1 und 2 des BewB

ist 81. Bestätigt findet sich diese Auffassung wiederum bei Broggini 82. Dieser Autor stellt sich zudem auf den Standpunkt, dass es nicht einmal darum gehe, ob die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen stillschweigend oder ausdrücklich ausgeschlossen worden sei. Entscheidend sei vielmehr eine Analyse der Bestimmung im betreffenden Gesetz, in der die Widerrechtlichkeit festgehalten werde; von Bedeutung sei in casu somit die entsprechende Regelung im Spezialgesetz. Nur dieses Spezialgesetz könne folgerichtig die Frage beantworten, ob von einer widerrechtlichen Zweckbestimmung die Rede sein könne. Bis zur Einführung des Bewilligungsgesetzes bestand indessen keine positiv-rechtliche Regelung im Spezialgesetz, die die Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB rechtfertigen würde 83.

Dieser Argumentation ist auch nach Auffassung des Verfassers dieser Arbeit zu folgen. Die zivilrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen sind abschliessend normiert. Zumindest ein Verweis oder ein Vorbehalt auf die übrigen Bestimmungen des Aktienrechtes oder gar der allgemeinen Bestimmungen des Körperschaftsrechtes wäre erforderlich gewesen, um deren Anwendbarkeit zu begründen. Immerhin war seit Einführung des BewB (1961) von einer Sanktion nach Art. 57 Abs. 3 ZGB nie die Rede. Im übrigen weist Broggini zu Recht darauf hin, dass etwa von einer gefestigten Praxis bezüglich Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB auf Tatbestände des BewB wohl kaum allen Ernstes gesprochen werden könne. Abgesehen von den zwei bekannten Entscheiden Wohnbau AG und Bau & Tou-

81 So auch Spiro, S. 3

82 Broggini, a.a.O., S. 12

83 Zu dieser - u.E. sehr wichtigen - Frage nimmt auch etwa Heini keine Stellung in seiner Urteilsanmerkung; der Autor beschränkt sich im wesentlichen auf eine kurze Betrachtung des Art. 57 Abs. 3 und auf das Verhältnis dieser Bestimmung zum Aktienrecht.

ristik AG, Giswil, hat das Bundesgericht lediglich in einem weiteren Entscheid auf diese Möglichkeit hingewiesen.

1.3. Art. 57 Abs. 3 ZGB im Verhältnis zu Art. 66 OR

Im BewB aus dem Jahre 1961 wurde in Art. 11 Abs. 3 festgehalten, dass unter den Parteien Art. 66 OR über den Ausschluss der Rückforderung keine Anwendung findet. Sowohl im BewB aus dem Jahre 1965 ⁸⁴, nach welchem die Weiterführung beschlossen wurde, als auch - wenn auch nicht ausdrücklich - nach der Lex Furgler ⁸⁵ wurde diese Vorschrift beibehalten.

Art. 66 OR schliesst nach dem Grundsatz "in pari turpitudine melior est causa possidentis" die Rückforderung aus. Um diesen Grundsatz auch für Vereinigungen und Stiftungen anwenden zu können, wurde eine entsprechende Regelung eben in Art. 57 Abs. 3 ZGB geschaffen, damit nicht einfach bei Auflösung eine Rückübertragung auf die Geber erfolgen kann.

Bemerkenswert ist nun die Tatsache, dass die BewB generell die Anwendung des Art. 66 OR ausschliessen, und zwar sowohl für den inländischen als auch für den ausländischen Erwerber. Demnach erhält bei einer öffentlichen Versteigerung der Erwerber - der seinerzeit ohne Bewilligung das Grundstück erworben hat - immerhin seine Gestehungskosten zurück. Wird aber Art. 66 OR für den Erwerber ausdrücklich ausgeschlossen, so kann konsequenterweise auch Art. 57 Abs. 3 ZGB auf ihn keine Anwendung finden ⁸⁶.

Nun wird man einwenden, dass das BewG seit 01.01.85 die ausdrückliche Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB vorsehe, und

⁸⁴ Art. 12 Abs. 3 BewB (Lex von Moos, Fassung 1965)

⁸⁵ Art. 20 Abs. 3 BewB (Lex Furgler)

⁸⁶ In diesem Sinne auch Spiro, S. 5

zwar in Art. 27 Abs. 1 lit. b BewG, obschon nach wie vor Leistungen innerhalb eines Jahres zurückgefordert werden können. Diese positiv-rechtliche Regelung ist aber eben ein weiteres, gewichtiges Argument, das gegen die Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB auf Tatbestände spricht, die sich im Geltungsbereich der BewB ereignet haben. Weil ganz offensichtlich der Gesetzgeber davon ausging, weder Art. 66 OR noch etwa Art. 57 Abs. 3 ZGB könne nach dem BewB Anwendung finden, wurde dann der Verweis im BewG aufgenommen ⁸⁷. Diese Annahme findet ihre Bestätigung darin, dass auch die Botschaft des Bundesrates vom 16.09.1981 ausdrücklich von einer Aenderung des bisherigen Zustandes spricht ⁸⁸.

2. Das Verhältnis des Aktienrechtes zu den allgemeinen Bestimmungen des Körperschaftsrechtes

2.1. Zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB auf Aktiengesellschaften

Selbst wenn man dieser u.E. zutreffenden Auffassung, wonach die Regelung der Spezialgesetzgebung als abschliessend zu betrachten ist, nicht folgen könnte, sprechen ganz gewichtige Gründe gegen eine Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Körperschaftsrechtes auf Aktiengesellschaften.

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtes gehen auch Tuor/Schnyder keineswegs davon aus, dass Art. 57 ZGB gemeinsam für alle Arten juristischer Personen bestimme, wie der Reinerlös im Falle der Aufhebung zu verwenden sei. Die erwähnten

⁸⁷ So auch Broggini, S. 13, und besonders Spiro, S. 5

⁸⁸ Bundesblatt 1981 III, 636; in diesem Sinne wohl auch Hirsch (S. 181), der auf die absolute Einzigartigkeit dieser Bestimmung im schweizerischen Recht hinweist; vgl. auch Druey (S. 182)

Autoren sprechen lediglich von der juristischen Person, und dass die Verwendung des Reinerlöses aus der Liquidation für alle Arten der juristischen Personen gemeinsam in Art. 57 und 58 ZGB dargestellt sei. Der spezielle Verweis erfolgt einzig und allein für Personalfürsorgestiftungen. Nebenbei bemerkt sprechen auch Tuor / Schnyder ausdrücklich davon, dass das Recht der juristischen Person auf Persönlichkeit nicht berührt werde, wenn lediglich unerlaubte Mittel gebraucht würden ⁸⁹. Wesentlich erscheint uns, dass sich das Bundesgericht keineswegs auch nur auf einen Teil der massgeblichen Lehre für seinen Standpunkt stützen kann. Die erwähnten Autoren Tuor/Schnyder halten nämlich ausdrücklich fest, dass unter das OR alle Personenverbindungen, die wirtschaftliche Zwecke verfolgen, fallen. "Auf jede der angeführten vier Kategorien sind zunächst die allfälligen besonderen, von der Regelung im ZGB abweichenden Vorschriften anwendbar. Gelten aber die Bestimmungen des ZGB in subsidiärer Weise, wenn solche Vorschriften fehlen? Das ist nur für die wirtschaftlichen Verbände des OR, die eine juristische Person bilden, zu bejahen: Sie unterstehen den allgemeinen Bestimmungen des Art. 52 - 59 ZGB (53 II 230)" ⁹⁰. Es ist davon auszugehen, dass diese Subsidiarität auch in casu vorläge, wenn überhaupt eine Anwendbarkeit bejaht werden könnte. Unter Berücksichtigung der in Art. 643 Abs. 2 OR statuierten Heilungstheorie ⁹¹ ist somit eher davon auszugehen, dass sogar die Auflösungsgründe in Art. 736 OR abschliessend aufgeführt sind - dies nicht zuletzt auch im Lichte des mehrfach erwähnten, verjährten Tatbestandes der Spezialgesetzgebung.

⁸⁹ Tuor/Schnyder, S. 124 f., bezüglich Durchgriff beachte auch Druey, S. 813

⁹⁰ Tuor/Schnyder, S. 114

⁹¹ Vgl. Ziff. 2.3.2. hienach

2.2. Die Bedeutung des Vorbehaltes in Art. 59 Abs. 2 ZGB

Um Wiederholungen zu vermeiden, sei auf die Ausführungen weiter oben verwiesen ⁹². Unzutreffend ist jedenfalls die Auffassung des Bundesgerichtes, wonach Art. 59 Abs. 2 ZGB lediglich die Organisationsform vorbehalte. Vor allem hier kann die Bestimmung aus sich selbst verstanden werden: "Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, stehen unter den Bestimmungen über die Gesellschaften und Genossenschaften" (Art. 59 Abs. 2 ZGB). Ganz klar ist hier der Vorbehalt bezüglich der Anwendung der Bestimmungen angebracht, nicht nur der Organisationsform. Der Verweis ist so klar, dass sich weitere Ausführungen erübrigen dürften.

Gutzwiller ⁹³ hält denn auch fest, dass die Abs. 2 und 3 des Art. 716 altOR durchaus dem Abs. 1 und 3 des Art. 57 ZGB entsprechen. Diese Auffassung findet sich auch in den Materialien bestätigt: "Vorschriften betreffend Vermögensverwendung im Falle der Auflösung einer juristischen Person schliessen sich an die geltenden Bestimmungen des OR (Art. 716) an. Sie sollen aber nicht nur für Vereine, sondern für alle juristischen Personen gelten: mit Ausnahme der Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften. Da zu den Aktiengesellschaften auch die Kommandit-Aktiengesellschaften zu zählen waren (welche im OR von 1911 mit der AG einen einzigen Titel 26 bildeten) und im Zeitpunkt des Inkrafttretens des 5. Teiles des ZGB (1. Januar 1912) die GmbH noch nicht bestand, bezieht sich die Regelung des Art. 57 in Wirklich-

⁹² Vgl. hiezu XI/4, S. 88

⁹³ Gutzwiller, § 52 N 122

keit nur auf Idealvereine und Stiftungen (diese Auffassung vertritt übrigens auch Egger, a.a.O., S. 384, N 6)." 94

2.3. Ursprüngliche und nachträgliche Widerrechtlichkeit

2.3.1. Der Widerspruch zwischen Art. 52 Abs. 3 ZGB und Art. 57 Abs. 3 ZGB

Das Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, dass Art. 57 Abs. 3 ZGB unabhängig von der Frage Anwendung finden müsse, ob die Aktiengesellschaft im Lichte von Art. 52 Abs. 3 ZGB überhaupt die Rechtspersönlichkeit erlangt habe, und zwar unter Berücksichtigung der Heilungstheorie im Sinne von Art. 643 Abs. 2 OR. Auf Art. 643 Abs. 2 OR ist weiter unten noch zurückzukommen; wie indessen nachfolgend zu zeigen sein wird, steht die Schlussfolgerung des Bundesgerichtes sowohl im Widerspruch zu den Materialien als auch zur Ansicht eines entscheidenden Teils der Lehre. Auch ist diese Annahme unter dem Gesichtspunkt der Logik wenig überzeugend. Hat nämlich eine Vereinigung unter Berücksichtigung von Art. 52 Abs. 3 ZGB überhaupt nie die Rechtsfähigkeit erlangt, kann sie per definitionem auch kein konfiszierbares Vermögen haben. Zu diesem Schluss kam auch Eugen Huber, der wörtlich folgendes festhielt: "...Es müssen die beiden Fälle wohl auseinandergehalten werden: Wenn von vornherein der Zweck unsittlich oder widerrechtlich war, entsteht niemals eine juristische Person, also auch niemals Vermögen einer juristischen Person, und damit auch kein Anfall an den Staat, kein Anfall an das Gemein-

94 Gutzwiller, S. 508 und 509, wo auch die entsprechende Wiedergabe aus der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu finden ist; entgegen der Auffassung Heinis (S. 181) kann sich diese Schlussfolgerung sowohl auf die grammatikalische Auslegung als auch auf die Materialien in wohl begründeter Weise abstützen.

wesen..." 95. Bereits oben wurde in Zusammenhang mit der Darstellung der Aktiengesellschaft mit widerrechtlichem Zweck darauf hingewiesen, dass die Lehre - sofern sie die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Personenrechtes auf Aktiengesellschaften überhaupt bejaht - in seltener Einmütigkeit diesen Standpunkt vertritt 96. Uebrigens lässt sich auch den Materialien zu dieser Frage nichts anderes entnehmen. Der Tatbestand des Art. 52 Abs. 3 ZGB schliesst somit die Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB aus.

2.3.2. Die Bedeutung der Heilungstheorie nach Art. 643 Abs. 2 OR

Auch eine absolute und vorbehaltlose Annahme der Heilungstheorie führt zu keinem anderen Schluss. Die entsprechende Argumentation des Bundesgerichtes, wonach der Gründungsmangel durch Art. 643 Abs. 2 OR geheilt würde, ändert daran nichts, und zwar selbst dann nicht, wenn auch verschiedene Autoren anführen, dass eine Anwendung von Art. 643 Abs. 2 OR gleichwohl eine Behebung des Mangels voraussetze. Wiederum kann festgehalten werden, dass der Mangel ja in einem Verstoss gegen eine Spezialgesetzgebung besteht. Kann nun aber die Beseitigung des Mangels wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Verjährung nicht mehr durchgesetzt werden, so wird entsprechend die Widerrechtlichkeit auch relativiert 97. Die "Heilung" oder eine Art Neutralisierung des rechtswidrigen Zustandes wird durch Zeitablauf - wie im übrigen Privatrecht auch - und mithin durch die Verjährung gemäss Spezialgesetz erreicht. Eine konsequente Anwendung des Grundsatzes, wonach "der Bestand der Aktien-

95 Eugen Huber, 10 Vorträge S. 76

96 Vgl. X - XIII hievor, vor allem auch Riemer, S. 96/97 und besonders aber Spiro, S. 7, und dort angeführte Literatur

97 Vgl. hiezu die Ausführungen zur Verjährungsfrage weiter unten Ziff. 7, S. 120

gesellschaft durch die erfolgte Eintragung ins Handelsregister trotz allfälliger Gründungsmängel gesichert" ⁹⁸ sei, hätte einen Fortbestand der hier zur Diskussion stehenden Aktiengesellschaft zur Folge; gleichsam bedeutet diese Schlussfolgerung, dass eine Aktiengesellschaft mit ursprünglicher widerrechtlicher Zielsetzung nach Ablauf der Verjährungsfristen gemäss Spezialgesetzgebung, die eben diese Widerrechtlichkeit erst begründet, und unter Berücksichtigung der Heilungstheorie - wiederum in einer Spezialnorm enthalten -, auch den Sanktionen nach Art. 57 Abs. 3 ZGB nicht mehr untersteht. Somit schliesst nicht nur Art. 52 Abs. 3 ZGB, sondern auch der mittlerweile eingetretene Verjährungstatbestand der Spezialgesetzgebung und - je nach vertretener Auffassung bezüglich der Bedeutung - auch Art. 643 Abs. 2 OR die Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB aus.

Konsequenterweise muss dies aber auch bei nachträglicher Widerrechtlichkeit gelten, sofern wiederum die Verjährungsfristen nach der Spezialgesetzgebung abgelaufen sind, ansonsten eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Schlechterstellung der Aktiengesellschaft, bei der die Widerrechtlichkeit nachträglich eingetreten ist, beobachtet werden müsste ⁹⁹.

Art. 643 Abs. 2 OR kann aber auch nicht zur Folge haben, dass wegen der in dieser Bestimmung statuierten Heilungstheorie die Aktiengesellschaft einer stärkeren Pönalisierung unterworfen würde als andere Körperschaften des OR.

⁹⁸ BGE 64 II 272

⁹⁹ So auch Heini, S. 180, wobei dieser aber die Zulässigkeit der Konfiskation mit dieser Argumentation auch bei ursprünglicher Widerrechtlichkeit im Gegensatz zum Verfasser dieser Arbeit bejaht.

Eine konsequente Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtssprechung hätte dies aber zur Folge, da ja das Bundesgericht zum Schluss kommt, dass trotz Art. 52 Abs. 3 ZGB aufgrund der Heilungstheorie die Aktiengesellschaft die Rechtspersönlichkeit erwirbt. Die Schlechterstellung bestünde nämlich darin, dass die Heilungstheorie zum einen das Bestehen der Aktiengesellschaft trotz schwerwiegender Mängel statuiert, sie zum andern aber praktisch dem "Damonklesschwert" des Art. 57 Abs. 3 ZGB auf unbestimmte Zeit aussetzen würde. Eine solche Lösung stünde aber in krassem Widerspruch zur Rechtssicherheit und zum Gleichheitsprinzip 100.

3. Das öffentliche Interesse

3.1. Das öffentliche Interesse an der Durchsetzung von Sanktionen

Das öffentliche Interesse an der Durchsetzung auch der allgemeinen Bestimmungen des Personenrechtes im hier konkret zur Diskussion stehenden Fall dürfte wohl kaum mehr bestehen. Um dem Gesetz zum Durchbruch zu verhelfen - und darin besteht hier unter anderem das öffentliche Interesse - sieht ja die Spezialgesetzgebung ein entsprechendes Instrumentarium vor. Will der Gesetzgeber aber die direkten Sanktionen der Spezialgesetzgebung nach Ablauf der entsprechenden Fristen nicht mehr angewandt wissen, muss dies analog auch für die indirekten Sanktionen gegenüber der Konstruktion der Aktiengesellschaft zum selben Umgehungszweck gelten.

100 Vgl. zu dieser Frage auch weiter unten Ziff. 4 und 7

3.2. Präventiv- und Pönalcharakter des Art. 57 Abs. 3 ZGB

Präventiv- und Pönalfunktion kommt insbesondere den strafrechtlichen Bestimmungen zu. Aufgrund des konfiskatorischen Charakters kann aber auch Art. 57 Abs. 3 ZGB einer Strafbestimmung gleichgestellt werden. Zumindest bestehen unbestrittenermassen Parallelen zum Strafrecht. Ein kurzer Vergleich zur Funktion der Strafbestimmungen ist daher durchaus zweckmässig, insbesondere im bezug auf die Verjährungsfristen des Strafrechtes. Von entscheidender Bedeutung wird diese Frage dann auch unten (Ziff. 7) in Zusammenhang mit der Anwendung intertemporalrechtlicher Bestimmungen sein.

Aehnlich wie das Zivilrecht sieht auch das Strafrecht Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährungen vor, und zwar sogar für schwerste Delikte ¹⁰¹. Wenn nun aber sogar das Strafrecht Verfolgungsverjährungen für Verbrechen vorsieht, so muss dies in ganz besonderem Masse auch für Konfiskationen und - letztlich geht es ja darum - für Ahndungen von Verstössen gegen unsere Rechtsordnung gelten, denen eindeutig Pönalfunktion zukommt ¹⁰². Ansonsten erhielte die Pönalisierung der im Sinne des BewB widerrechtlichen Aktiengesellschaft eine Dimension, die dem tatsächlichen Sachverhalt nicht mehr gerecht würde. Der Prävention wird schon durch die in der Spezialgesetzgebung vorgesehenen Strafandrohungen Genüge getan, sofern nicht die darauf bezogenen Verjährungsbestimmungen eine Ahndung durch Zeitablauf ausschliessen. Hat aber der Gesetzgeber gesetzesspezifische Verjährungsfristen für ausreichend erachtet, kann nach deren Ablauf gewiss auch kein öffentliches Interesse mehr an einer Konfiskation

¹⁰¹ Vgl. Art. 70 und 73 StGB; eine Ausnahme besteht lediglich seit 1981 für die in Art. 75bis StGB geregelten Fälle des Genozides und des Geiselmordes

¹⁰² Vgl. auch Spiro, S. 14

bestehen, die klar in Zusammenhang mit eben diesem Verstoss gegen die Spezialgesetzgebung steht.

3.3. Klagelegitimation und Vermögensanfall

Nach Art. 57 Abs. 3 ZGB fällt das Vermögen an das Gemeinwesen, wenn eine juristische Person wegen Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke gerichtlich aufgehoben wird, und zwar unabhängig davon, ob etwas anderes bestimmt worden ist.

Im hier zur Diskussion stehenden Fall stellt das Bundesgericht fest, dass die fragliche Aktiengesellschaft die Erstellung von Bauten sowie den Erwerb und den Verkauf, die Verwaltung und die Vermittlung von Beteiligungen an Liegenschaften aller Art und die Erbringung von Dienstleistungen im Bausektor, insbesondere auf dem Gebiet des Wohnungsbaus bezwecke. Dabei stützt sich das Bundesgericht auf den Handelsregistereintrag. Von einer Beschränkung auf die Gemeinde Giswil, den Sitz der beklagten Aktiengesellschaft, könne nicht die Rede sein. Dieser Schluss sei auch nicht aus dem Umstand zulässig, dass das einzig bekanntgewordene Geschäft der beklagten Aktiengesellschaft in der Gemeinde Giswil getätigt wurde. Es liege daher keine Verletzung von Bundesrecht vor, wenn der Kanton Obwalden als anfallberechtigtes Gemeinwesen bezeichnet werde.

Auch dieser Schlussfolgerung des Bundesgerichtes kann nicht gefolgt werden. Wenn nun schon weder eine Beschränkung auf eine Geschäftstätigkeit in der Gemeinde Giswil noch im Kanton Obwalden vorliegt, so müsste doch der Erlös wohl eher der Eidgenossenschaft zufallen. Regelmässig - wenn auch nicht zwingend - wird es sich bei Umgehungsgeschäften nach dem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Per-

sonen im Ausland in der Praxis um ein einziges Grundstück in einer bestimmten Gemeinde handeln. Wir haben bereits weiter oben darauf hingewiesen, dass auf den tatsächlichen und nicht bloss auf den statutarischen Zweck abgestellt werden muss. Besteht aber der tatsächlich verfolgte Zweck lediglich im Erwerb eines oder mehrerer Grundstücke in einer einzigen Gemeinde, so ergibt sich bei einer solchen Beschränkung der Tätigkeit folgerichtig, dass der Erlös sogar einzig und allein der betreffenden Gemeinde zufällt, auf deren Hoheitsgebiet sich das Grundstück befindet. Der Kanton Obwalden hätte somit nach den gewöhnlichen Beweisregeln nachweisen müssen, dass ihm ein solches Recht auf Konfiskation zusteht. Gelingt ihm dies nicht, so kann der Kanton auch kein entsprechendes Interesse nachweisen. Wir haben bereits oben festgehalten, dass er dies nicht auf das allgemeine öffentliche Interesse an der Durchsetzung des Rechts abstützen kann. Will nämlich der Kanton verhindern, dass inskünftige Grundstücksgeschäfte über diese Aktiengesellschaft getätigt werden, so steht ihm hiezu das Instrumentarium der Spezialgesetzgebung - nunmehr nach dem BewG - zur Verfügung. In diesem Zusammenhang ist nämlich auch klar die Unterscheidung vorzunehmen zwischen dem Erwerb, gegen den sich die Spezialgesetzgebung richtet, und dem an sich zulässigen Besitz von Immobilien durch Ausländer. Die Spezialgesetzgebung wendet sich nur gegen den Erwerb und sieht hiefür klar definierte Möglichkeiten vor, um ein solches Unterfangen zu verhindern. Ein anderes Interesse als eben jenes nach dieser Spezialgesetzgebung vermag der Kanton nicht darzutun, und das Bundesgericht hat daher zu Unrecht sowohl Legitimation als auch Vermögensanfallsrecht des Kantons bejaht.

Besteht aber kein entsprechendes Interesse, so entfällt auch die Klagelegitimation im Sinne von Art. 57 Abs. 3 ZGB. Wenn überhaupt eine Auflösung in Frage kommen könnte, so müsste

nach Art. 745 OR verfahren werden. Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass vertretbare Gründe präventiven oder gar strafrechtlichen Charakters für die Durchsetzung fehlen. Die zwei bis heute ergangenen Urteile des Bundesgerichtes sind daher unseres Wissens in der Rechtsprechung einzigartig und aufgrund der nicht befriedigenden Argumentation nicht vertretbar.

4. Die Diskriminierung der juristischen Person

4.1. Natürliche Person und juristische Person

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtes hat die Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB im Lichte der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland ganz eindeutig eine Benachteiligung der juristischen Person im Vergleich zur natürlichen Person zur Folge ¹⁰³. Nach Eintritt der Verjährung gemäss Spezialgesetzgebung ist für die natürliche Person der Einzug ihres Vermögens ausgeschlossen, während die Konfiskation nach Art. 57 Abs. 3 ZGB bei der juristischen Person nach wie vor möglich ist. Eine sachliche Begründung für diese Schlechterstellung der juristischen Person lässt sich nun weder dem Gesetz noch den Beratungen entnehmen, und sie beruht auch nicht etwa auf einer gefestigten bundesgerichtlichen Praxis.

Zu Recht weist Spiro darauf hin, dass der Gesetzgeber durchaus eine Spezialregelung im Sinne dieser Schlechterstellung vorsehen könnte, um besonderen Tatbeständen gerecht zu werden. Dies müsste aber klar und eindeutig angeordnet werden ¹⁰⁴.

¹⁰³ In diesem Sinne auch Druey, S. 182, der u.E. zurecht auf eine Verletzung der Rechtsgleichheit hinweist

¹⁰⁴ Spiro, S. 6

4.2. Aktionär und natürliche Person

Bei einer Konfiskation nach Art. 57 Abs. 3 ZGB wird dem Aktionär auch sein Anteil am Liquidationsergebnis entzogen, da nach der erwähnten Bestimmung das Vermögen an das Gemeinwesen fällt, und zwar ohne Rücksicht, ob etwas anderes bestimmt worden ist. Im Ergebnis hat dieser Umstand zur Folge, dass letztlich die Aktionäre einer nach Art. 57 Abs. 3 ZGB aufgelösten Aktiengesellschaft - ebenfalls natürliche Personen - gegenüber anderen natürlichen Personen, deren Verfolgung wegen Verjährung nicht mehr möglich ist, in einer sachlich wiederum nicht begründeten Weise benachteiligt werden.

5. Die positiv-rechtlich geregelte Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB im BewG

5.1. Die Bedeutung der positiv-rechtlichen Regelung im BewG

Wiederholt wurde darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber von der Möglichkeit einer positiv-rechtlichen Regelung des Art. 57 Abs. 3 ZGB im BewG Gebrauch gemacht hat ¹⁰⁵.

Gegen den Standpunkt des Bundesgerichtes, wonach Art. 57 Abs. 3 ZGB auf Verstösse nach dem BewB anwendbar sei und sogar keiner Verjährung unterliege, spricht nun besonders die ausdrückliche Normierung der gerichtlichen Aufhebung der juristischen Person mit Konfiskation im BewG. Diese Klage wird aber wie die Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes einer Verjährungsfrist von 10 Jahren unterworfen. Die Aufnahme dieser Bestimmung im neuen BewG lässt sich nach Auffassung des Verfassers dieser Arbeit nur damit erklären,

¹⁰⁵ Vgl. Kap. 2, Ziff. 3.2.2. hievor

dass sich der Gesetzgeber wohl der Lücke in den bisherigen Erlassen bewusst wurde und eine Regelung bzw. einen entsprechenden Verweis nunmehr positivrechtlich vorgesehen hat 106. Ist nun aber der Gesetzgeber nach dem neuen Gesetz ganz offensichtlich der Auffassung, dass juristische Personen und natürliche Personen der gleichen Ahndung unterstehen, so ist nicht einzusehen, warum dies bei früheren Umgehungen und Verstössen nicht der Fall sein sollte.

5.2. Rückwirkende Anwendung auf Tatbestände des BewB?

Die nunmehr erstmals in Art. 27 Abs. 1 lit. b BewG vorgesehene Auflösungsklage kann selbstredend keine rückwirkende Anwendung finden auf Umgehungsgeschäfte oder Tatbestände, die sich unter dem Geltungsbereich des BewB ereignet haben. Zu Recht weist Broggini darauf hin, dass ansonsten ein allgemeines Prinzip des schweizerischen Privat- und Verwaltungsrechtes verletzt würde, nämlich jenes des Rückwirkungsverbotes 107. Unter diesem Gesichtspunkt konnten sowohl natürliche als auch juristische Personen vor dem Inkrafttreten des BewG am 01.01.1985 damit rechnen, der Sanktion des Art. 57 Abs. 3 ZGB bei Verstössen gegen die BewB nicht ausgesetzt zu sein 108.

6. Perpetuierung der Rechtswidrigkeit durch den fortdauernden Besitz?

Zu prüfen ist schliesslich, ob die Widerrechtlichkeit durch den dauernden Besitz der auf verbotene Weise erworbenen Grund-

106 In diesem Sinne wohl auch Druey, S. 182, und Hirsch, S. 181

107 Broggini, un parere, S. 13, S. 433 ff., aber auch Spiro, S. 21

108 Vgl. zu intertemporalrechtlichen Fragen nachfolgend Ziff. 7.3.

stücke eine Perpetuierung erfährt, die eine Auflösung rechtfertigen würde. Ein Vergleich mit anderen widerrechtlichen Tatbeständen unserer Rechtsordnung zeigt aber, dass eine solche Lösung kaum in Einklang mit unserem Rechtssystem gebracht werden kann. Es wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass ein einmaliger Verstoss gegen die Norm eines Spezialgesetzes allein unter dem Gesichtspunkt eben dieses Spezialgesetzes zu ahnden ist. Eine Aktiengesellschaft etwa wird nicht deshalb aufgelöst, weil sie ein Darlehen, dass sie empfangen hat, nach Ablauf der Verjährungsfrist nicht mehr zurückerstattet; folgerichtig kann auch in casu nur die Frage des Erwerbsaktes zur Diskussion stehen. Da das Aktienrecht - und auch das Personenrecht - weder Erwerb noch Eigentum an Grundstücken untersagt, ist wiederum allein die Spezialgesetzgebung heranzuziehen ¹⁰⁹. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweist sich daher die Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB ohne klaren Verweis in der Spezialgesetzgebung als höchst problematisch.

7. Zur Frage der Verjährung

7.1. Die Verjährung nach der Spezialgesetzgebung im Vergleich zu Art. 57 Abs. 3 ZGB

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass schon allein die Anwendung der Spezialgesetzgebung oft Schwierigkeiten bietet. Erst recht kompliziert gestaltet sich aber die Rechtslage dann, wenn zum einen Spezialgesetze, in denen verwaltungsrechtliche, zivilrechtliche und strafrechtliche Tatbestände geregelt sind, zum andern aber auch einschlägige Bestimmungen aus dem Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht einwirken. Wenn nun - wie im vorliegenden Fall - eine Klage

¹⁰⁹ Spiro, S. 15

auf Beseitigung des rechtswidrigen bzw. auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes wegen Zeitablaufs ausgeschlossen ist und mithin der Bösgläubige das Erworbene behalten darf, kann es wohl kaum allen Ernstes die Meinung des Gesetzgebers sein, dass jenem unter Berufung auf Art. 57 Abs. 3 ZGB dieses Erworbene wieder entzogen werden kann ¹¹⁰.

Es sei nochmals auf Sinn und Zweck einer Verjährungsfrist hingewiesen. Obschon ein dem Recht widersprechender Zustand fort dauert, soll er nach der gesetzlich festgelegten Zeit nicht mehr aufgehoben werden können. Es erfolgt mithin eine Abwägung zwischen dem Interesse an einem rechtlich einwandfreien Tatbestand einerseits und an der Rechtssicherheit und Klarheit andererseits. Dieselbe Zielsetzung dürfte zweifelsohne auch der Spezialgesetzgebung zugrunde liegen. Einem solchen Zweck stünde aber in casu die Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB entgegen; der Untätigkeit einer Behörde während der Verjährungsfristen der Spezialgesetzgebung können nicht die in unserer Rechtsordnung fest verankerten Prinzipien und Zielsetzungen der Verjährung geopfert werden.

Die Annahme einer Unverjährbarkeit nach Art. 57 Abs. 3 ZGB zeitigt aber noch eine weitere, absurde Konsequenz: Bei einer Klage auf Wiederherstellung oder Versteigerung erhält der Erwerber immerhin die Gestehungskosten zurück. Lediglich ein darüber hinaus gehender Gewinn würde dem Gemeinwesen verfallen. Die Klage auf Auflösung nach den allgemeinen Vorschriften des Personenrechtes hingegen zieht bei Gutheissung eine Konfiskation des gesamten Vermögens nach sich.

¹¹⁰ Vgl. Spiro, S. 13

7.2. Abgrenzung der Spezialgesetzgebung vom Gesellschaftsrecht?

Auch der Einwand etwa, wonach die einschlägigen Vorschriften der Spezialgesetzgebung streng von den rein gesellschaftlichen Bestimmungen abzugrenzen seien, kann nicht überzeugen. Es dürfte nämlich unbestritten sein, dass die allgemeinen Bestimmungen des Personenrechtes nicht für sich allein bestehen. Sie enthalten vielmehr Sanktionen für Bestimmungen, die in anderen Erlassen geregelt sind. Spiro hält zu Recht fest, dass gleich wie Art. 20 OR auch Art. 52 Abs. 3 und 57 Abs. 3 ZGB Sanktionen enthalten, die sich auf andere Gesetzgebungen - hier der Lex von Moos und der Lex Furgler - beziehen. Zwar schränkt Spiro diese Aussage insofern ein, als "der Inhalt der Sanktion nach der sie statuierenden Bestimmung zu ermitteln (ist) ...; für ihre Voraussetzungen aber, also die Frage, wann die Sanktion wegen einer Verletzung der Norm einzugreifen hat, muss natürlich die sanktionierte Norm, ihr Sinn und Zweck, berücksichtigt werden" 111.

Die gleiche - unseres Erachtens zutreffende - Schlussfolgerung zieht auch Brogginì 112. Gleich wie nach Art. 20 OR ein Vertrag nichtig ist, weil er gegen das OR oder irgendeine andere Gesetzesnorm verstösst, wird auch die Gesellschaft aufgelöst wegen widerrechtlicher Zielsetzung, weil diese Zielsetzung im Lichte einer Spezialnorm oder eines Spezialgesetzes widerrechtlich ist. Eine weitere, bedeutsame Konsequenz ist nach Brogginì aber aus folgendem zu ziehen: Wenn man nun davon ausginge, die Klage auf Auflösung und Konfiskation gelange zur Anwendung, so müsste doch eingestanden werden, dass diese Anwendung nur innerhalb der vom Spezialgesetz festgelegten Verjährungsfrist möglich sei 113.

111 Spiro, S. 14

112 Brogginì, un parere, S. 14

113 Brogginì, un parere, S. 15

Bestätigt findet sich diese offensichtliche Interdependenz bzw. diese ganzheitliche Betrachtung unserer Rechtsordnung auch im Lichte des Art. 7 ZGB in Verbindung mit Art. 127 OR. Nach Art. 7 ZGB finden die allgemeinen Bestimmungen des OR über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge auf andere zivilrechtliche Verhältnisse Anwendung. Art. 127 OR sieht nun für Verträge eine 10-jährige Verjährungsfrist vor, die mithin "auch für andere zivilrechtliche Verhältnisse" gilt. Broggini weist nach, dass nach der Lehre eben alle zivilrechtlichen Verhältnisse - und dazu gehören auch die Normen des Personenrechtes und des Gesellschaftsrechtes - von diesem Verweis erfasst werden ¹¹⁴. Zu Recht weist Broggini im übrigen darauf hin, "dass Friedrich im Kommentar zu Art. 7 ZGB all jene zivilrechtlichen Verhältnisse auf-führt, die keiner Verjährung unterliegen." Art. 57 Abs. 3 ZGB fehlt aber in dieser Aufzählung ¹¹⁵. Angesichts der bedeutsamen Konsequenzen hätte eine Vorschrift von dieser Tragweite wohl Erwähnung gefunden, wenn auch dieser Autor der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung folgen könnte.

7.3. Intertemporalrechtliche Fragen

7.3.1. Die Auffassung des Bundesamtes für Justiz

- a) Gemäss Art. 27 Abs. 4 lit. b BewG ist die Klage auf Auflösung und Konfiskation im Sinne von Art. 57 Abs. 3 ZGB innerhalb von 10 Jahren anzubringen. Auf die Unterscheidung zwischen Verwirkungs- und Verjährungsfrist ist an dieser Stelle nicht einzutreten, da sie für die Beantwortung der hier anstehenden Fragen nicht von Bedeutung ist. Zu prüfen ist daher, wie sich die nunmehr

¹¹⁴ Broggini, un parere, S. 15

¹¹⁵ Broggini, un parere, S. 16, mit Verweis auf Berner Kommentar, HP Friedrich, N 79 zu Art. 7 ZGB

im BewG positivrechtlich geregelte Verjährungsfrist auf Tatbestände vor dem 01.01.1985 auswirken könnte, sofern man irrigerweise von einer vor Inkrafttreten des BewG bestehenden Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB bzw. von einer nicht eingetretenen Verjährung ausgehen würde.

Zur Beantwortung dieser Frage gibt die Uebergangsbestimmung im Art. 38 BewG nichts her, weil diese Bestimmung als Anknüpfungskriterium den jeweiligen Zeitpunkt der erteilten Bewilligung angibt. Heranzuziehen sind demzufolge die für das intertemporale Privatrecht massgeblichen Bestimmungen im Schlusstitel des ZGB (SchlTZGB), nachdem die Bewilligungsgesetze systematisch dem Zivilrecht zugeordnet wurden.

- b) Das Bundesamt für Justiz veröffentlichte in der "Verwaltungspraxis der Bundesbehörden" eine Stellungnahme zu den sich hier stellenden intertemporalrechtlichen Fragen ¹¹⁶. Demnach sind die massgeblichen Bestimmungen in den Art. 4 und 49 SchlTZGB zu finden. Aus diesen Regelungen ergibt sich, dass für die Verjährung "altrechtlicher Ansprüche grundsätzlich das neue Recht gilt, soweit die Ansprüche beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch nicht verjährt sind..." ¹¹⁷. Da das alte Rechte (nämlich der BewB oder aber Art. 57 Abs. 3 ZGB) noch keine Verwirkung der Auflösungsklage kenne, könne auch keine Verwirkung bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts eintreten. Demnach seien nach den Grundsätzen

¹¹⁶ VPB, 1986, Heft 50/I/9

¹¹⁷ A.a.O., S. 63, und dort angeführte Literatur

des intertemporalen Rechtes die Verwirkungsbestimmungen des neuen Rechtes anzuwenden 118.

Es wäre indessen stossend, wenn eine juristische Person, welche die neue Gesetzgebung umgeht, nur während rund 10 Jahren gerichtlich aufgelöst werden kann, wogegen eine juristische Person, welche die alte Gesetzgebung umgangen hat, noch nach 50 Jahren mit ihrer Auflösung rechnen muss 119. Nicht gegeben sei aber die Anwendung von Art. 49 Abs. 1 SchlTZGB, denn in casu könne nicht von einer bereits unter dem alten Recht begonnenen Verjährung gesprochen werden, da der Anspruch "in dieser Zeit nach dem alten Recht noch unverjährbar war" 120. Begründet wird diese Auffassung mit einer sich sonst ergebenden Schlechterstellung für Ansprüche, die unter dem neuen Recht entstehen. Somit beginne die Verwirkungsfrist erst unter dem neuen Recht zu laufen.

Auf einen altrechtlichen Tatbestand werde somit das neue Recht angewendet, welches für die betreffende juristische Person die Lex mitior darstellte. Es werde jedoch nicht rückwirkend angewendet, da die Verwirkungsfrist erst mit Inkrafttreten des neuen Rechts zu laufen beginne, nicht schon mit dem Zeitpunkt des Grundstückserwerbs unter der Geltung des alten Rechtes. Zur Begründung, warum eine Rückwirkung ausgeschlossen ist, wird auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen: Die Rückwirkung müsse ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt sein; ausserdem müsse die Rückwirkung in zeitlicher Hinsicht mässig sein, zu keinen stossenden Rechtsungleichheiten

118 A.a.O., S. 63

119 A.a.O., S. 63, Ziff. 4 infine

120 A.a.O., S. 64, Ziff. 6

führen, sich durch triftige Gründe rechtfertigen lassen und nicht in wohlerworbene Rechte eingreifen. Hingegen habe der Kassationshof des Bundesgerichtes in einem früheren Entscheid, der den Massnahmevollzug nach dem Strafgesetzbuch betroffen habe, die Anwendung der neuen Lex mitior bei der Behandlung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde als zulässig erklärt, sofern nicht in wohlerworbene Rechte Dritter eingegriffen werde ¹²¹.

Diese Rechtsprechung, so die Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz, sei aber auf Tatbestände des Grundstückserwerbs durch Personen im Ausland nicht anwendbar, weil das Bundesgericht sie selbst im BGE 102 I b 338 f als "Ausfluss eines strafrechtlichen Grundsatzes" betrachtet habe. Die allgemeinen Erfordernisse für die Rückwirkung von verwaltungsrechtlichen Erlassen seien nicht erfüllt, so dass eine solche Rückwirkung eben ausgeschlossen sei.

Zu demselben Ergebnis gelangt auch Brüesch, der im Lichte dieser Auslegung zum Schlusse kommt, dass eine Auflösungsklage für altrechtliche Umgehungshandlungen bis zum 31.12.1994 eingereicht werden kann ¹²².

7.3.2. Würdigung

- a) Zutreffend ist die Auffassung des Bundesamtes für Justiz, wonach aufgrund intertemporalrechtlicher Grundsätze eine unter dem alten Recht gegründete juristische Person bezüglich der Verjährung oder Verwirkung nicht schlechter gestellt werden darf, als eine, die die neue

¹²¹ A.a.O., S. 65, Ziff. 8 und Verwaltungspraxis, S. 66, vgl. auch dort angeführte BGE 102 I b 338 und 102 I a 72

¹²² Brüesch, S. 95

Gesetzgebung umgeht. Unbestritten dürfte auch sein, dass wegen des besonderen Charakters der Auflösungsklage zumindest die Grundsätze des intertemporalen Verwaltungsrechtes ¹²³ anzuwenden sind. Offen ist hingegen, ob wegen des Pönalcharakters des Art. 57 Abs. 3 ZGB nicht gar strafrechtliche Grundsätze heranzuziehen sind.

b) In den erwähnten Stellungnahmen des Bundesamtes für Justiz selbst wird die Rechtsprechung in BGE 97 I 921 ff., 924 wiedergegeben, wonach das Bundesgericht die Anwendung der neuen Lex mitior bei der Behandlung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde als zulässig erklärt hat, sofern nicht in wohlerworbene Rechte Dritter eingegriffen wird. Zunächst gilt es festzuhalten, dass von einer solchen Beeinträchtigung von Rechten Dritter durch eine Anwendung der Rückwirkung in casu nicht die Rede sein kann. Gerade der Pönalcharakter des Art. 57 Abs. 3 ZGB gebietet, unabhängig des Standpunktes des Bundesgerichtes in BGE 102 I b 338 f, die rückwirkende Anwendung. Genau dieselbe "besondere Natur" eines Führerausweisentzuges kann auch bei der Auflösungsklage geltend gemacht werden: Beiden Instituten ist die Präventiv- und Pönalfunktion eigen. Zu demselben Schluss - wenn auch mit einer anderen Begründung - gelangte das Bundesgericht in den BGE 102 I b 69 und 104 I b 304.

c) Nach Auffassung des Verfassers dieser Arbeit ist bei der Anwendung des Art. 57 Abs. 3 ZGB im Lichte der Gesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland genau derselbe "Ausfluss eines strafrechtlichen Grundsatzes" zu berücksichtigen, so dass -

¹²³ Zu den Grundsätzen des intertemporalen Verwaltungsrechtes vgl. Kölz, S. 105 ff.

selbst bei der grundsätzlichen Annahme einer Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB auf Umgehungsgeschäfte im Geltungsbereich des BewB – die 10-jährige Verjährungsfrist ab widerrechtlichem Erwerbsdatum bzw. spätestens bei Grundbucheintrag zu laufen beginnt, selbstverständlich unter dem Vorbehalt von Unterbrechungshandlungen.

Berücksichtigt man sodann die unter 6.1. und 6.2 geäußerten Vorbehalte und Ausführungen zur Verjährungsfrage, so gelangt man zum Schluss, dass neben den dort namhaft gemachten Gründen auch das Gleichbehandlungsgebot die Anwendung und somit die Rückwirkung für zweckmässig erscheinen lassen. Dieselbe Auffassung wird auch von Broggini mit einer unseres Erachtens zutreffenden Begründung vertreten. Besonders hervorgehoben wird von diesem Autor u.a. die klar gegebene Interdependenz des Art. 57 Abs. 3 ZGB zum Spezialgesetz und die logischerweise sich daraus ergebenden Konsequenzen ¹²⁴.

8. Schlussfolgerungen

Aus den namhaft gemachten Gründen ergibt sich, dass Art. 57 Abs. 3 ZGB auf Umgehungsgeschäfte im Geltungsbereich der BewB keine Anwendung finden kann. Selbst bei einer grundsätzlichen Bejahung der Berücksichtigung der erwähnten Bestimmung in der hier zur Diskussion stehenden Spezialgesetzgebung, ist den Grundsätzen, die unser Rechtssystem aufgestellt hat, schon allein aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Verhinderung von systemfremden Lösungen Rechnung zu tragen.

¹²⁴ Broggini, un parere, S. 16

¹²⁵ Druey, S. 182

Druey ¹²⁵ stellt sich daher unseres Erachtens völlig zurecht auf den Standpunkt, dass neue Entscheide zur Ablehnung der Konfiskation führen müssen. Dieselbe Auffassung vertritt aber ganz besonders auch Hirsch ¹²⁶, der es für wünschbar erachtet, wenn das Bundesgericht Gelegenheit erhält, die nunmehr eingeschlagene Praxis einer neuen Prüfung zu unterziehen.

Eine Praxisänderung ist jedoch rechtspolitisch nicht ganz unbedenklich, vor allem nach solchen Grundsatzentscheiden. Dem Gebot der Rechtsgleichheit und der Rechtsicherheit ist gebührend Rechnung zu tragen. Diese Postulate sind gegen das Interesse an einer korrekten Anwendung geltenden Rechts abzuwägen. Unseres Erachtens muss diese Abwägung in concreto zugunsten einer vertretbaren Rechtsprechung ausfallen ¹²⁷.

Bereits in Zusammenhang mit den Osmo-Entscheiden hatte das Bundesgericht indessen innert eines Zeitraumes von nur drei Jahren eine Praxisänderung vollzogen ¹²⁸, weil sich der früher vertretene Standpunkt in Zusammenhang mit der Verjährung nicht mehr vertreten liess.

¹²⁶ Hirsch, S. 184

¹²⁷ Beachte auch etwa die Praxis bei fehlerhaften, rechtskräftigen Verfügungen der Verwaltung: Nur in den seltensten Fällen vermag ein Dritter daraus präjudizielle Wirkung für sich abzuleiten. Aehnlich wie bei der Einführung neuen Rechts besteht auch in der Rechtsprechung unseres Erachtens kein absolutes Recht auf Gleichbehandlung; bei der Rechtsprechung könnte nämlich überhaupt kein neues Recht mehr geschaffen werden (vgl. hiezu Kölz, S. 153), in der Rechtsprechung würde eine Rechtsfindung aufgrund neuer Erkenntnisse verunmöglicht. Gelangt ein Richter zur Ueberzeugung, dass das Recht in einem früheren Fall falsch angewandt wurde, muss ihm daher in wohlbegründeten Fällen Gelegenheit geboten werden, aufgrund der gewonnenen Einsicht auch bereits nach nur einem fehlerhaften Entscheid auf die Rechtsprechung zurückzukommen. Ein Urteil hat letztlich gesetzmässig zu sein, Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit haben in Fällen wie dem vorliegenden vor der Gesetzmässigkeit zu weichen.

¹²⁸ Vgl. Kap. 2, VIII., 2.2.

XV. Eine politische und pragmatische Lösung?

1. Die Praxis der Bewilligungsbehörde im Bewilligungs- und Kontrollverfahren

Tatsache ist, dass sich etwa in Graubünden die zuständigen Behörden - Grundbuchinspektorat, Grundbuchamt, Handelsregisteramt - sich mit der ganz einfachen Erklärung, es liege keine ausländische Beherrschung vor, zufriedengaben, obschon oft dieselben "Promotoren" auftraten; einer Gemeindebehörde oder aber zumindest den örtlichen Grundbuchführern konnte das Ausmass der Fremdbestimmung in vielen Quartieren in den Gemeinden, etwa des Oberengadins, nicht entgehen¹²⁸. Diese mangelnde Aufmerksamkeit lässt sich nicht ganz einfach durch unzureichende Dotierung oder allein durch die Gutgläubigkeit der Behörden erklären. Gegen diese Annahme spricht u.a. auch der Umstand, dass etwa die Steuerbehörde für die Besteuerung seit Jahren differenzierte Grundlagen berücksichtigte und nicht einfach auf die Aktiengesellschaft als solche abstellte. Hinzu kommt, dass bei diesen Aktiengesellschaften beinahe ausnahmslos eine Aufteilung zu Stockwerkeigentum erfolgte; allein diese grundbuchamtlich problemlos nachvollziehbare Vorkehr hätte die Behörde bereits in einem Frühstadium auf Ungereimtheiten stossen lassen müssen, vor allem wenn man mitberücksichtigt, dass das Vollzugs- und insbesondere Kontrollinstrumentarium auch im Geltungsbereich des BewB bereits vorhanden war.

Tatsache ist aber auch, dass heute bei jeder irgendwie gearteten Eigentumsverschiebung von Grundstücken oder Stockwerkeinheiten eine minutiöse Prüfung erfolgt. Das ist auch richtig so, denn letztlich steht die Glaubwürdigkeit der Durchsetzung

¹²⁸ vgl. etwa St. Moritz, Silvaplana oder Celerina, wo ein Quartier schon seit den frühen 70er-Jahren gar den Uebernamen "Piccola Milano" trägt.

eines Gesetzes auf dem Spiel. Indessen ist aber bemerkenswert, dass heute diese Kontrollen zum Zeitpunkt oder kurz nach erfolgter Vornahme des entsprechenden Geschäftes durchgeführt werden, ohne dass - etwa im Kanton Graubünden - eine massive Aufstockung der Behörden in personeller Hinsicht erfolgt wäre. Tatsache ist schliesslich, dass die eigentlichen "Promotoren" und Spekulanten oft wegen Verfolgungsverjährung nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden können. Uebrig und der Sanktion des Art. 57 Abs. 3 ZGB ausgeliefert bleiben die Aktionäre, die ihrem Aktienbesitz entsprechend eine Wohnung halten, die sie nicht etwa zu Spekulations-, sondern allein zu Ferienzwecken erworben haben. Die Gründe, warum ausländische Erwerber die Anonymität der Aktiengesellschaft gewählt haben, sind mannigfaltig. Oft ist es vielleicht ihre Absicht gewesen, die Steuergesetzgebung ihres Heimatlandes zu umgehen, was zweifelsohne zu verpönen ist, sich aber der Beurteilung durch unsere Behörden entziehen muss, wenn nicht z.B. Staatsverträge eine Ahndung gebieten. In den Fällen aus den 60er- und 70er-Jahren - und nur um die allein geht es bei dieser kritischen Betrachtung - waren sich die Erwerber mehrheitlich überhaupt nicht bewusst, gegen ein schweizerisches Gesetz verstossen zu haben, wie der in der Praxis tätige Anwalt wiederholt unschwer feststellen kann. Oft verliess sich der Erwerber voll und ganz auf seinen Anwalt und Notar in der Schweiz - im Kanton Graubünden immerhin eine Person öffentlichen Glaubens. Gewiss kann einzelnen betroffenen Ausländern Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Diese Fahrlässigkeit darf aber nicht dazu führen, dass nach Jahrzehnten noch der Täter Ahndungen ausgesetzt ist, die sich mit rechtsstaatlichen Prinzipien nach unserer Auffassung nicht vertragen.

2. Der Grundsatz von Treu und Glauben

Die Regierung des Kantons Graubünden hatte sich in einer Aufsichtsbeschwerde mit der Frage zu befassen, ob die Untätigkeit der Behörde über viele Jahre hinweg den Grundsatz von Treu und Glauben verletze ¹²⁹. Dabei kam die Regierung zum Schluss, dass sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben nur berufen könne, wer selber gutgläubig sei: "Ausser Betracht fällt die Berufung auf Treu und Glauben für Bürger, die bösgläubig handeln und somit um die Rechtswidrigkeit dieses Tuns wissen." ¹³⁰ Die Rekursbehörde setzt somit das Wissen um die Rechtswidrigkeit voraus. Auch anerkennt sie grundsätzlich, dass unter bestimmten Voraussetzungen "auch Untätigkeit einer Behörde oder die Duldung eines bestimmten Zustandes den Bürger zur Berufung auf den Vertrauensschutz berechtigen. Von einer solchen Duldung kann allerdings nur gesprochen werden, wenn die Behörde den fraglichen Sachverhalt zur Kenntnis nimmt oder bei Anwendung der nötigen Sorgfalt kennen sollte." ¹³¹ Die Behörde hätte zweifelsohne in der Mehrzahl der hier zur Diskussion stehenden Fällen die Umgehungen in einem Frühstadium erfassen können, wenn sie das Gesetz konsequent angewandt und ihre Kontrollpflichten erfüllt hätte.

Unseres Erachtens geht es im wesentlichen aber auch um die Frage, ob im Einzelfall eine entsprechende Abwägung überhaupt noch vorgenommen werden kann. Eine konsequente Fortführung der nunmehr eingeschlagenen Praxis des Bundesgerichtes bezüglich Art. 57 Abs. 3 ZGB würde eine solche Abwägung indessen erschweren, da andere Kriterien - eben jene gesellschaftsrechtlicher Natur - angewendet würden. Aus der Sicht des - wenn auch vielleicht fahrlässig handelnden - Ausländers als Inhaber

¹²⁹ Rekurspraxis GR, 1983/1984 I, 11 ff.

¹³⁰ A.a.O., S. 14

¹³¹ A.a.O., S. 14 mit Quellenangaben

eines solchen Aktienpaketes, verbunden etwa mit besonderen Rechten an einer Stockwerkeinheit, dürften über die Glaubwürdigkeit unserer Institutionen zumindest Zweifel entstehen, wenn er nach erfolgter Beratung durch einen Notar und oft nach über 10-jährigem Besitz damit rechnen muss, seine eigentümer-ähnlichen Rechte voll einzubüssen.

3. Die praxisgerechte, pragmatische Lösung

Bereits im Jahre 1978 wurde Aktionären, die an einer unter dem Gesichtspunkt des Bewilligungsbeschlusses illegalen Aktiengesellschaft beteiligt waren, die Möglichkeit geboten, ihre Stockwerkeinheit auf eigenen Namen einzutragen. Davon machten viele Ausländer Gebrauch, vorausgesetzt, dass ihnen dieses Entgegenkommen der Behörde überhaupt bekannt wurde. Da aber die Aktionäre sich über die Illegalität ihrer Aktiengesellschaft oft keine Rechenschaft geben konnten, blieben diese Gesellschaften in recht grosser Zahl auch nach 1978 bestehen.

Zumindest bei jenen Gesellschaften, bei denen die Tatbestände nach der Spezialgesetzgebung verjährt sind, stellt sich die Frage nach einer weiteren Amnestie. Aufgrund des nunmehr geltenden Bewilligungsgesetzes wäre dies indessen unseres Erachtens nur möglich, wenn die Gemeinde, in der sich das fragliche Grundstück befindet, um eine Art "Spezialkontingent" bei der kantonalen Behörde für solche Fälle ersuchen würde. Bei dem zur Zeit der Abfassung dieser Arbeit in dieser Hinsicht vorherrschenden politischen Klima in den Gemeinden dürfte indessen eine solche Vorlage wohl kaum die Zustimmung des Souveräns finden.

Die Glaubwürdigkeit unserer Institutionen wurde in der Vergangenheit oft auch durch Ausländer immer wieder gerühmt. Auf verschiedenen Gebieten stellt diese Glaubwürdigkeit letztlich

auch politisches und volkswirtschaftliches Kapital dar. Abgesehen von den bereits weiter oben dargelegten Bedenken bezüglich Anwendbarkeit des Art. 57 Abs. 3 ZGB, die eine Praxisänderung als absolut geboten erscheinen lassen, ist aus der Sicht der politischen Instanzen auch diesem volkswirtschaftlichen Standpunkt gebührende Beachtung zu schenken.

K A P I T E L 4

AUSGEWÄHLTE PROBLEME IM ZUSAMMENHANG MIT DER AUFLAGE DER BEWIRTSCHAFTUNGSPFLICHT

XVI. Die Auflage und deren Anmerkung im Grundbuch

1. Begriffliches

1.1. Die Auflage

Die Auflage ist regelmässig Voraussetzung für die Gültigkeit von Verfügungen. Im Baurecht wird die öffentlich-rechtliche Auflage als "eine von der zuständigen Behörde im Rahmen der Gesetz- und Zweckmässigkeit der Baubewilligung beigefügte erzwingbare (echte Neben-)Bestimmung, ein Tun, Unterlassen oder Dulden beinhaltend" ¹ beschrieben. Die Bauerlaubnis als solche wird von der Auflage nicht berührt. Die Erfüllung der Auflage kann aber von der Behörde mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln erzwungen werden. Die Massnahmen der Behörde können bei Nichterfüllung der Auflagen vom Benützungsverbot bis zum Widerruf der Baubewilligung gehen. Im Baurecht wird die Auflage auch oft als die wichtigste Nebenbestimmung der Baubewilligung bezeichnet. ²

Aehnlich in ihrer Funktion und Auswirkung ist auch die Auflage bei Bewilligungen nach der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland. Darauf wird noch nachfolgend unter Ziff. 3 kurz einzutreten sein.

¹ Leutenegger, S. 231

² A.a.O., S. 231

1.2. Die Anmerkung im Grundbuch

In der Dissertation Scherrer wird die Anmerkung u.E. zutreffend wie folgt definiert: "Die Anmerkung ist die für bestimmte Fälle im Bundesprivatrecht allein oder neben diesem auch im öffentlichen Recht des Bundes oder der Kantone vorgesehene Einschreibung eines privaten oder öffentlichen Rechtsverhältnisses an einem Grundstück, das aber unabhängig von der Einschreibung besteht, im Grundbuch, hauptsächlich der Information der Grundbuchbenützer dient und damit zur Erleichterung des Verkehrs mit Grundstücken beiträgt." ³

Dieser Definition kann im wesentlichen entnommen werden, dass bestimmte Rechtsverhältnisse an einem Grundstück angemerkt werden, ohne dass Bestand oder Nichtbestand dieser Rechte von der Eintragung abhängig sind. In erster Linie erfolgt die Anmerkung zum Zwecke der Publizität, damit auch interessierte Dritte im Rechtsverkehr davon Kenntnis nehmen können und diesen gegenüber die Anmerkung bzw. das Bestehen des Rechtsverhältnisses auch als bekannt vorausgesetzt werden kann.

An Beispielen von Anmerkungen öffentlich-rechtlicher Natur seien etwa angeführt jene im Rahmen der Förderung des Wohnungsbaus: die Bauverpflichtung ⁴ oder das Vorkaufs- wie Kaufsrecht der öffentlichen Hand ⁵, das Zweckentfremdungsverbot ⁶ etc. Dieselben Beschränkungen der Eigentumsfreiheit aufgrund von Rechtsverhältnissen - und um solche handelt es sich praktisch ausnahmslos - werden auf dem Gebiete des

³ Scherrer, S. 347

⁴ WEG SR 843, insbes. Art. 7

⁵ Art. 24 Abs. 4 WEG

⁶ Art. 46 Abs. 3 WEG

landwirtschaftlichen Bodenrechts in Form der Anmerkung publik gemacht 7.

2. Auflagen und deren Anmerkung nach der Gesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland.

Der Erwerb von Grundstücken in der Schweiz durch Personen mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland bedarf bekanntlich der Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde 8. Bewilligungen können unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden. Diese Auflagen können in Form von Anmerkungen oder Dienstbarkeiten im Grundbuch berücksichtigt werden. Für beide Institute ist wesentlich die damit verbundene Publizität, damit auch ein interessierter Dritter sich über die in der Regel mit dem Eigentum verbundene, aus der Auflage ergebende Verpflichtung Aufschluss erhält. In Graubünden wurde in Anlehnung an Art. 14 Abs. 3 BewG das Institut der Anmerkung gewählt.

Aus Art. 11 der BewV ergeben sich die wichtigsten Bedingungen und Auflagen. Der Bundesgesetzgeber räumt aber gemäss Art. 11 Abs. 3 dieser Verordnung der kantonalen Bewilligungsbehörde die Kompetenz ein, noch weitergehende Auflagen zu verfügen. Die Unterscheidung zwischen Bedingungen und Auflagen kann relativ einfach vorgenommen werden. In Form der Resolutivbedingung wird nämlich in Art. 11 Abs. 1 BewV festgehalten, dass der Erwerb einer Zweitwohnung, Ferienwohnung oder einer Wohneinheit in einem Aparthotel, wenn dem Erwerber, seinem Ehegatten oder einem Kinde unter 20 Jahren bereits eine solche ge-

7 Vgl. beispielsweise LdwG insbesondere Art. 85 Abs. 1 LdwG, Art. 47 bis 94 LdwG, sowie das Landw. Entschuldungsgesetz SR 211.412.12; im übrigen vgl. auch Aufzählung und Kommentierung bei Scherrer 212 ff.

8 Vgl. Kap. 2 hievore

hört, nur unter der Bedingung bewilligt werden darf, dass das erste Grundstück vorher veräussert wird. Andernfalls würde einem solchen Erwerb Art. 12 lit. d BewG entgegenstehen. In Abs. 2 des erwähnten Art. 11 BewV werden unter lit. a bis k die mindestens vorzusehenden und im Grundbuch anzumerkenden Auflagen im Sinne von Art. 14 BewG festgehalten. Auf eine ausführliche Aufzählung und Kommentierung der einzelnen Auflagen wird hier verzichtet; wesentlich für die nachfolgenden Ausführungen ist nämlich die Auflage der Bewirtschaftungspflicht für Stockwerkeinheiten in Aparthotels⁹. Danach wird an die Bewilligung für den Erwerb einer Wohneinheit in einem Aparthotel die Verpflichtung geknüpft, die Wohneinheit dem Betriebsinhaber zur Bewirtschaftung gemäss dem Begründungsakt des Stockwerkeigentums- und des Verwaltungs- und Nutzungsreglementes (Art. 7 BewV) zu überlassen.

3. Sanktionen bei Nichterfüllung von Bedingungen und Auflagen

In Zusammenhang mit den oben erwähnten Bedingungen gemäss Art. 11 BewV dürften sich grundsätzlich keine Schwierigkeiten ergeben, zumal die Bewilligung erst dann erteilt wird oder in Rechtskraft erwächst, wenn die Bedingung auch erfüllt wurde.

Anders verhält es sich hingegen, wenn eine Auflage nicht eingehalten wird. Denn hier wurde die Bewilligung grundsätzlich erteilt und konnte auch ausgeübt werden; in der Regel werden dann erst nachträglich damit verbundene Auflagen nicht (mehr) eingehalten. In Art. 27 BewG werden die Konsequenzen aus einer Nichteinhaltung einer Auflage klar und unmissverständlich festgehalten. Die Bewilligung wird von Amtes wegen widerrufen, wenn der Erwerber eine Auflage trotz Mahnung nicht einhält.

⁹ Art. 11 lit. g BewV

Bezüglich der zu ergreifenden Massnahmen im konkreten Fall steht der Behörde ein gewisser Ermessensspielraum zu; sie wird sich in der Regel von den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit in ihrem Verwaltungsakt leiten lassen.

Der Widerruf der Bewilligung ergeht in Form einer anfechtbaren Verfügung, da es sich dabei um einen Verwaltungsakt handelt. Strafrechtlich wird die Missachtung von Auflagen gemäss Art. 30 BewG geahndet. Unterschieden wird dabei zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Missachtung einer Auflage. Gemäss Abs. 4 der erwähnten Bestimmung ist zunächst das verwaltungsrechtliche Verfahren abzuschliessen.

XVII. Stockwerkeinheiten in Aparthotels

1. Der Begriff "Aparthotel"

Dem 16. Jahresbericht der Schweizerischen Gesellschaft für Hotelkredite (SGH) ist zu entnehmen, dass eine Begriffsbestimmung nicht einfach vorgenommen werden kann ¹⁰. Vor allem die je nach Interessenlage unterschiedliche Zielsetzung der Projektinitianten - bau- und verkaufsorientierte Position der Immobilienbranche einerseits, ausgewogene Entwicklung des Beherbergungsangebotes der Hotellerie und der touristischen Organisationen andererseits - verunmöglichten vor allem in der Geltungszeit der Bewilligungsbeschlüsse eine klare Umschreibung.

Die "Aparthotel-Formel" fand ihren Eingang erstmals in einer Verordnung des Bundesrates vom Jahre 1976 (sog. Lex Furgler) ¹¹. In der Verordnung wurden aber Stockwerkeinheiten in Aparthotels lediglich als Ausnahmen von der Bewilligungssperre angeführt sowie der Umfang der zulässigen Veräusserungen festgehalten; eine Begriffsumschreibung unterblieb. Aufgrund von Art. 4 Abs. 5 lit. c Ziff. 1 dieser Verordnung musste aber der Gesuchsteller bei der SGH ein Gutachten einholen über die Eignung der Zweitwohnungen für die hotelmässige Bewirtschaftung. Gestützt darauf erliess die SGH "Richtlinien für die Begutachtung" ¹², worin insbesondere die Anforderungen an einen solchen Betrieb festgehalten werden. In der Praxis haben sich diese Richtlinien grundsätzlich bewährt.

¹⁰ Nanzer, S. 17

¹¹ Verordnung über den Erwerb von Grundstücken im Fremdenverkehrsorten durch Personen im Ausland vom 10.11.1976, SR 211.412.413, insbes. Art. 4 und 5

¹² SGH, Richtlinien für die Begutachtung, gültig ab 01.11.1981

Die SGH umschreibt das Aparthotel als einen "Betriebstyp..., der sich vom konventionellen Hotel weniger in seiner äusseren Erscheinung und seiner Leistungsstruktur unterscheidet, als vielmehr durch die Eigentumsverhältnisse bezüglich der Anlage und deren Finanzierung." ¹³ Diese Begriffsbestimmung steht in Einklang mit den verschiedenen Voten im Rahmen der Beratungen für das seit 01.01.1985 gültige Bewilligungsgesetz. Der Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission führte u.a. diesbezüglich aus, dass "an und für sich Aparthotels vollwertige Hotelbetriebe sein sollten mit dem entsprechenden Dienstleistungsangebot und sich nur bezüglich der Finanzierung unterscheiden" ¹⁴. Von Belang erscheint in diesem Zusammenhang somit, dass sich nach aussen diese Aparthotels von traditionellen Hotels in keiner Weise unterscheiden. Entscheidend und von juristischer Bedeutung ist vor allem das interne Verhältnis zwischen den Stockwerkeigentümern der bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten zum Bewirtschafter, das in der Regel privatrechtlicher Natur ist, sowie die Auflage als Voraussetzung für die Bewilligung zum Erwerb durch Personen im Ausland, die vom öffentlichen Recht beherrscht wird. Auf das sich daraus ergebende Spannungsfeld wird noch weiter unten einzutreten sein.

2. Die Absicht des Gesetzgebers

Der wesentliche Grund für die Einführung der Aparthotel-Formel bestand darin, dass sowohl umfassende Renovationen als auch Neubauten von Hotels traditioneller Art im Tourismusland Schweiz - und hier insbesondere in Saisongegenden in - finanzieller Hinsicht an Grenzen gestossen waren. Vor allem das Missverhältnis zwischen Ertragsaussichten und Erstellungs-

¹³ Nanzer, S. 18

¹⁴ StenBull NR 1983, 168

kosten - an sich Tendenzen, die sich bereits nach dem 2. Weltkrieg abzeichneten - akzentuierten sich noch stärker. Dazu die SGH im mehrfach erwähnten Bericht: "Eine Verhältniszahl zwischen diesen beiden Grössen von 1:2 (Anmerkung: Eigenkapital/Fremdkapital) stellt für Umbauprojekte heute schon eher die Regel als die Ausnahme dar. Für die Finanzierung bedeutet dies in der Praxis, dass in vielen Fällen die Hälfte des erforderlichen Kapitaleinsatzes in der Form von Eigenmitteln zu erfolgen hat, was bei der sprichwörtlichen Kapitalintensität der Hotelbranche doppelt schwer ins Gewicht fällt." ¹⁵.

Auch aus den Beratungen im Nationalrat ergibt sich, dass es im Wesentlichen darum ging, alternative Finanzierungsformen einzuführen, um den ungünstigen Ertragsaussichten für das eingesetzte Eigenkapital zu begegnen. Bis Ende 1982 sind über 100 Betriebe ganz oder teilweise auf dieser Basis finanziert worden; diese Aparthotels haben dann auch mit unterschiedlichem Erfolg ihren Betrieb aufgenommen ¹⁶. Die Ausführungen der SGH lassen darauf schliessen, dass sich bereits zu jenem Zeitpunkt Probleme abzeichneten, die zunächst rein wirtschaftlicher Natur waren, dann aber juristische Fragen aufwarfen, die grösstenteils noch heute einer Klärung bedürfen.

3. Die gesetzlichen Grundlagen

Für Orte, an denen das ausländische Grundeigentum einen erheblichen Umfang erreicht hat, wurde bereits im Jahre 1973 eine Bewilligungssperre eingeführt ¹⁷. Im Sinne einer Ausnahme von der Bewilligungssperre konnten gemäss Art. 4 lit. c der damals geltenden Verordnung über den Erwerb von Grundstücken in Frem-

¹⁵ Nanzer, S. 18

¹⁶ Nanzer, S. 19

¹⁷ Beachte BewB vom 23.03.1961, Fassung gemäss Ziff. I des BB vom 21.03.1973, in Kraft seit 01.02.1974, Art. 7

denverkehrsarten durch Personen im Ausland Gesuche für Apart-hotels auch für sogenannt gesperrte Gebiete eingereicht werden¹⁸. In der Praxis erwies sich die eher rudimentäre Regelung als völlig ungenügend, insbesondere auch, um Umgehungsgeschäfte zu verhindern. Diese Umgehungen bestanden vor allem darin, dass pro forma beispielsweise wohl ein Réceptionsdienst eingerichtet wurde, die einzelnen Stockwerkeinheiten im übrigen aber wie traditionelle Ferienwohnungen bewirtschaftet wurden. Im Parlament wurden dann bei den Beratungen zum BewG solche Konstruktionen von verschiedenen Votanten als "Abwart-Hotels" statt "Aparthotels" bezeichnet¹⁹. Um solche Missbräuche zu verhindern oder zumindest zu erschweren, wurde im Rahmen einer Aenderung der Verordnung von 1976 am 18.06.1979 die Pflicht der Gesuchsteller festgelegt, u.a. ein Gutachten der SGH über die Eignung der Zweitwohnungen für die hotelmässige Bewirtschaftung, die Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde sowie den Nachweis über die dauernde Sicherstellung des regelmässigen hotelmässigen Betriebes in dinglicher oder anderer Form beizubringen (Art. 4, insbes. Abs. 5 lit. c BewV, Fassung 18.06.1979²⁰).

Auch hier stellt sich nun die Frage des in zeitlicher Hinsicht anwendbaren Rechts, nachdem seit 01.01.1985 das BewG und die entsprechende Verordnung in Kraft gesetzt wurden. Aparthotels haben ihre wirtschaftliche Bedeutung für Bewilligungen nach 1983 praktisch eingebüsst. Somit dürften vor allem Bewilligungen für Aparthotels zur Diskussion stehen, die bereits unter dem Bundesbeschluss über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 23.03.1961 und der gleichnamigen Verordnung vom 21.12.1973 ausgestellt wurden.

¹⁸ Beachte bezüglich gesperrte Gebiete Anhang SR 211.412.413

¹⁹ StenBull NR 1983, 168/169

²⁰ SR 211.412.413, Fassung gemäss Ziff. I der V vom 18.06.1979

Das neue Recht enthält indessen keine Uebergangsbestimmungen, die diese Frage regeln, so dass nach Auffassung des Bundesgerichtes auf die von ihm entwickelten geltungszeitlichen Grundsätze abzustellen ist. Danach steht der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse, die noch unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind, "dann nichts entgegen, wenn diese noch andauern" ²¹. Aus diesem Grunde lässt sich rechtfertigen, nachfolgend die Regelung im Bewilligungsbeschluss zu vernachlässigen und allenfalls anstehende Probleme nur unter dem Gesichtspunkt des Bewilligungsgesetzes zu betrachten. Dabei gilt es aber zu beachten, dass altrechtliche Konstruktionen der Aparthotelformel oft in Widerspruch zur Regelung im BewG stehen, so in erster Linie etwa die Eigentumsbeteiligung des Bewirtschafters an der Anlage. Dieser Vorbehalt ist nicht zuletzt für die weiter unten zu erörternde Problemstellungen in der Praxis von Belang.

Das BewG regelt den Erwerb von Stockwerkeinheiten in Aparthotels in den Art. 9 Abs. 2 und 3, in Art. 10 sowie in der Verordnung, und zwar in den Art. 3 Abs. 3 lit. c und in Art. 7.

Der Gesetzgeber hat es den Kantonen anheim gestellt, durch Gesetz zu bestimmen, ob sie im Rahmen des kantonalen Kontingents einer natürlichen Person den Erwerb als Ferienwohnung oder Wohneinheit in einem Aparthotel bewilligen wollen. Die Orte, an denen nach einem genehmigten Entwicklungskonzept solche Aparthotels für den unter bestimmten Auflagen zulässigen Verkauf von Stockwerkeinheiten errichtet oder umgebaut werden können, werden wiederum durch die Kantone bezeichnet. Im Kanton Graubünden wird auch eine andere, gleichwertige Planung

²¹ BGE 107 I b 203 mit Hinweisen, sowie nicht veröffentlichter Bundesgerichtsentscheid der 2. öffentlich-rechtlichen Kammer i.S. Machulla / Grundbuchinspektorat und Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden vom 20.06.1986

anerkannt; eine solche besteht etwa für die Landschaft Davos und das Oberengadin.

In Art. 10 BewG schliesslich werden weitere Voraussetzungen festgehalten, die für eine Qualifikation als Aparthotel unabdingbar sind, wie Mindestanteil des Eigentums des Betriebsinhabers, dauernde hotelmässige Bewirtschaftung und ein "angemessenes Dienstleistungsangebot", verbunden mit der bereits im Bewilligungsbeschluss vorgesehenen Eignungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfung durch die SGH. Art. 7 der Verordnung zum BewG schliesslich umschreibt die Art der Sicherstellung der Bewirtschaftungspflicht, und zwar durch Verpflichtung des Stockwerkeigentümers im Begründungsakt und im Verwaltungs- und Nutzungsreglement. In der Praxis schliesslich wurde die Bewirtschaftungspflicht in Form der Anmerkung auch im Grundbuch dinglich festgehalten.

4. Exkurs: Das deutsche Bauherrenmodell

Anklang fand das Angebot von Stockwerkeinheiten nach der Aparthotel-Formel insbesondere in der Bundesrepublik Deutschland, und zwar in der Form des Bauherrenmodells ²². Der Begriff Bauherrenmodell bezieht sich grundsätzlich auf den Errichtungsvorgang einer Immobilie unter Wahrnehmung von steuerlichen Gestaltungsvorteilen. Bauherrenmodelle werden vor allem zur Realisierung von grösseren Bauvorhaben durchgeführt. Unterschieden wird in der BRD unter klassischen Formen und Sonderformen des Bauherrenmodells ²³. Für Aparthotels gelangte praktisch ausnahmslos das klassische Bauherrenmodell zur Anwendung, so dass wir uns auf die knappe Darstellung dieser Konstruktion beschränken können.

²² Vgl. zu dieser Konstruktion für andere: Goldbeck/Uhde, S. 12 ff.

²³ Goldbeck/Uhde, S. 14 ff.

Dabei erwirbt jeder Bauherr einen Miteigentumsanteil am Baugrundstück; die Bauherren schliessen sich sodann in der Regel zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammen. Sie verpflichten sich, ihr Miteigentum am Gebäude aufzugeben und Sondereigentum für jenen Teil, den sie gezeichnet haben, zu begründen. Wesentliches Merkmal ist - zumindest für jene Modelle, die in der BRD für Bauten im Ausland konzipiert wurden - die Stellung des Treuhänders. Er ist gewissermassen als Interessenvertreter an der Front tätig und überwacht Konzeption, Realisierung und Vertragserfüllung. Oft - aber nicht notwendigerweise - werden diese Funktionen durch Vermögens- und Anlageberater wahrgenommen, die in der Regel mit einer Vertriebsgesellschaft zusammenarbeiten.

Um den Vertrieb sicherzustellen, wird in vielen Fällen mit einem Prospekt geworben. Das deutsche Recht kennt bezüglich verbindlichen Angaben im Prospekt die sogenannte Prospekthaftung, die hier vernachlässigt werden kann, da sie unserer Rechtsordnung nicht bekannt ist.

Das deutsche Bauherrenmodell bot dem Anleger auch bei ausländischen Investitionen bis zum 01.01.1983 nicht unerhebliche Steuervorteile, und zwar vor allem in Zusammenhang mit der Einkommensbesteuerung. Trotz der oft durch Provisionen überfeuerten Stockwerkeinheiten fanden deshalb auch die wegen der Bewirtschaftungspflicht an sich nicht unbedingt attraktiven Objekte in der BRD guten Absatz. Hinzu kam, dass in den Prospekten Ertragserwartungen geweckt wurden, die sich dann in der Praxis oft nicht realisieren liessen. Ueberdies wurde die Tragweite der Bewirtschaftungspflicht, vor allem die damit verbundene Eigentumsbeschränkung, oft nicht richtig abgeschätzt, wie sich später in der Praxis erweisen sollte.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit Wirkung vom 01.01.1983 durch die Aufnahme des neuen § 2 a ins deutsche Einkommenssteuergesetz den Ausgleich von Verlusten aus der Vermietung und Verpachtung im Ausland gelegener Immobilien mit Einkünften im Inland ausgeschlossen. Ob diese neue Regelung nach deutschem Recht verfassungskonform ist, kann hier vorderhand offenbleiben; entsprechende Entscheide von obersten deutschen Instanzen liegen unseres Wissens nicht vor. Jedenfalls fiel aber ein attraktives Argument für den Erwerb ausländischer Immobilien für deutsche Anleger dahin.

Diese Konstruktion des Bauherrenmodells tangiert die Rechtslage in unserem Land in keiner Weise, da sie lediglich in der BRD Konsequenzen für den einzelnen Bauherrn hatte. In der Schweiz wird einfach eine Stockwerkeinheit aufgrund einer Ausnahmebewilligung erworben, und zwar mit entsprechenden Auflagen, u.a. eben mit der im Grundbuch angemerkten Bewirtschaftungspflicht ²⁴.

Auf die in der Schweiz bestehenden Rechtsbeziehungen der einzelnen Stockwerkeigentümer unter sich oder gegenüber Dritten - zu Behörden, StWEG, Bewirtschaftern etc. - hat somit das Bauherrenmodell absolut keinen Einfluss. Seine Konstruktion beschränkt sich daher auf das Verhältnis des ausländischen Rechtssubjektes zu seinem Staat, und zwar insbesondere in fiskalischer Hinsicht. Nachdem - wie oben ausgeführt - die Steuervorteile für das deutsche Steuersubjekt seit 01.01.1983 nicht mehr bestehen, kann die Konstruktion des Bauherrenmodells in dieser Arbeit völlig vernachlässigt werden. Von Belang ist hier ja lediglich die Begründung des Interesses aus der BRD für den Erwerb einer bewilligungspflichtigen Stockwerkeinheit.

²⁴ Zum Charakter der Anmerkung: Scherrer, sowie oben S. 2

5. Die Nachfrage nach bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten

Wie dem mehrfach erwähnten Bericht der SGH aus dem Jahre 1982 entnommen werden konnte, bestanden bis Ende 1982 rund 100 Hotelunternehmen, die ganz oder teilweise auf dieser Basis finanziert wurden.

Viel mehr dürften es mittlerweile nicht geworden sein; die Gründe hiefür seien kurz angeführt:

- a) Ganz allgemein hat die Nachfrage nach Grundeigentum - auch nach nicht bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten - in der Schweiz deutlich abgenommen. Zum einen dürfte dies gewiss auf unsere restriktive Gesetzgebung, zum andern aber auch auf ausländische Faktoren wie etwa einschränkende Devisenbestimmungen in Frankreich und Italien zurückzuführen sein.
- b) Besonders bezüglich des für den Immobilienverkauf wichtigen deutschen Immobilienmarktes war das Wegfallen von Steuervorteilen des Bauherrenmodells für Anleger im Ausland entscheidend. In Zusammenhang mit Stockwerkeinheiten in Aparthotels dürfte der heute bestehende Angebotsüberhang auf den Attraktivitätsverlust dieser Formel zurückzuführen sein. Insbesondere enttäuschte Ertragserwartungen, Unmöglichkeit der freien Wahl bezüglich Nutzung der Stockwerkeinheit, konzeptionelle Schwierigkeiten bezüglich Bewirtschaftung etc. dürften dazu beitragen, dass nach dieser Formel - zumindest in absehbarer Zeit - sich keine Nachfragebelebung ergeben wird.
- c) Vor allem beim Erwerb von Aparthotel-Stockwerkeinheiten gab man sich zuwenig Rechenschaft darüber ab, warum aus der

Sicht der Hotellerie dieses Modell begründet und gewünscht wurde (vgl. Ziff. 2 hievor). Wenn nun schon eine befriedigende Eigenfinanzierung inkl. Verzinsung des Fremdkapitals in der Hotellerie nach herkömmlichen Normen nicht möglich ist, so erfährt dies im Ergebnis - bezüglich des eingesetzten Kapitals, unabhängig ob vom Hotelier oder vom Käufer der einzelnen Stockwerkeinheit erbracht - keine Aenderung.

6. Eindämmung der Spekulation nach den neuen Bestimmungen des BewG

Nach der früheren gesetzlichen Normierung genügte es, wenn u. a. die baulichen Anlagen für eine hotelmässige Bewirtschaftung geschaffen und ausgeschieden wurden. Diese unzureichende Regelung hatte zur Folge, dass in wirtschaftlicher Hinsicht keine ausreichende Existenz für den Bewirtschafter bestand. Oft verfügte der Bewirtschafter auch nicht über die erforderliche finanzielle Substanz, wobei sich dieser Umstand auch nicht gerade positiv auf seine Motivation auswirkte. Auf die unterschiedliche Zielsetzung der Projektinitianten wurde bereits verwiesen ²⁵. Da das Kapital in der Regel von der bau- und verkaufsorientierten Immobilienbranche und nicht vom Hotelier zur Verfügung gestellt wurde, hatte dies zur Folge, dass in erster Linie auf eine maximale Nutzung der zum Verkauf an Dritte ausgeschiedenen Fläche geachtet wurde. In der Kalkulation des Betriebsinhabers wirkte sich dies natürlich oft sehr negativ aus; aufgrund des Bewirtschaftungsvertrages musste der Bewirtschafter den Gewinn mit dem Stockwerkeigentümer der betreffenden Einheit nach einem vereinbarten Schlüssel teilen. Wegen der notorischen Kapitalintensität der Hotelbranche hatte dies zur Folge, dass der Hotelier trotz grossen Einsatzes oft

²⁵ Vgl. XVII. / 1. hievor

nicht in der Lage war, ein ausreichendes Einkommen zu erwirtschaften, geschweige denn die gebotenen Abschreibungen und Rückstellungen vorzunehmen. Betriebsaufgaben oder gar Konkurse waren somit in vielen Fällen vorprogrammiert.

Diesem Umstand versuchte der Gesetzgeber Rechnung zu tragen, indem er in Art. 10 Abs. 2 lit. a des BewG nunmehr einschränkend festhält, dass der Betriebsinhaber das Eigentum an den besonderen Anlagen und Einrichtungen für den Hotelbetrieb und an den Wohneinheiten im Umfange von insgesamt mindestens 51 % der Wertquoten haben müsse. Berücksichtigt man zudem, dass gemäss dem bereits erwähnten Art. 10 lit. a 65 % der auf die Wohneinheiten entfallenden Wertquoten hotelmässig zu bewirtschaften sind, so ist zumindest in dieser Hinsicht dem Gesetzgeber einzuräumen, dass er eine volks- und betriebswirtschaftlich sinnvolle Lösung getroffen hat, indem zum einen diese Modelle eine ausreichende Eigenkapitalbasis voraussetzen und dadurch auch die Ueberlebenschancen des Betriebes steigen, zum andern aber auch reine Spekulationsobjekte ausschliessen ²⁶.

An der nachfolgend darzulegenden Problematik ändert indessen diese Verbesserung wenig; nach wie vor lässt auch die eingehendere Regelung zentrale Fragen offen, die wohl nur teilweise von der Praxis in befriedigender Weise beantwortet werden können.

²⁶ Vgl. Von Moos, S. 57, wo ein Modell zum besseren Verständnis auch graphisch dargelegt wird

XVIII. Ausgewählte Probleme im Zusammenhang mit Aparthotels

1. Rechtsnatur der Bewirtschaftungspflicht

1.1. Allgemeine Bemerkungen

Das Stockwerkeigentum mit Bewirtschaftungspflicht setzt notwendigerweise vier Beteiligte voraus: Die Bewilligungsbehörde als Verfügende der Auflage, deren Einhaltung erst die Bewilligung gewährleistet, den Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit sowie den Bewirtschafter, dem die Stockwerkeinheit aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages mit dem Bewirtschafteten für einen von der Bewilligungsbehörde definierten Zeitraum pro Jahr zur Bewirtschaftung gegen Entgelt überlassen wird. Der Bewirtschaftungsvertrag ist der Bewilligungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen, die die Einhaltung der von der SGH entwickelten Richtlinien auch zu überwachen hat. Die Stockwerkeigentümergemeinschaft schliesslich nimmt die ihr gemäss Gesetz und Reglement zugewiesenen Funktionen wahr.

Zur Absicherung der Einhaltung der Bewirtschaftungspflicht ist letztere im Reglement der Stockwerkeigentümer aufzunehmen, wobei eine Aenderung des Reglementes wiederum von der Bewilligungsbehörde genehmigt werden muss. Zum besseren Verständnis der noch aufzuzeigenden Probleme seien nachfolgend die einzelnen Vorgaben und die Interdependenzen kurz kommentiert; ausserdem drängt sich der Versuch einer klaren Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht auf.

1.2. Auflagen und Anmerkungen

Beide Institute wurden weiter oben kurz skizziert ²⁷. Wesentlich an dieser Stelle ist zum einen die Zuordnung der Auflage zum öffentlichen Recht und die Funktion der Anmerkung, der in erster Linie Publizitätswirkung zukommt, ohne dinglich von Belang zu sein. Von Bedeutung ist aber für die nachfolgend zu prüfenden Fragen, dass die Auflage gestützt auf das BewG erlassen wurde ²⁸. Eine andere Begründung bzw. Rechtsgrundlage liegt nicht vor. Bereits an dieser Stelle kann daher der Schluss gezogen werden, dass der Bewilligungsbehörde nur unter dem Gesichtspunkt der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland bzw. der diesem Gesetz - und hier der Auflagen - unterstellten Rechtssubjekte ein Anspruch auf Anwendung des Gesetzes oder der Verfügung von Auflagen zusteht. Ihre Bestätigung findet diese Auffassung nicht zuletzt im mehrfach erwähnten Zweckartikel, besonders aber auch in Art. 14 Abs. 1 BewG. Andere Kriterien - etwa wirtschaftlicher Art - müssen aufgrund der positiv-rechtlich klaren Regelung unberücksichtigt bleiben.

1.3. Die Aufnahme der Bewirtschaftungspflicht in das Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft

1.3.1. Die Stockwerkeigentümergeinschaft

Bewusst wird hier auf die Kommentierung der Rechte und Pflichten des Verwalters verzichtet, da die Funktion des Verwalters oft vom Bewirtschafter wahrgenommen wird. Aus der Mitte der Stockwerkeigentümergeinschaft wird in der

²⁷ Vgl. XVI. / 1. hievor

²⁸ Vgl. Art. 14 Abs. 1 und 3 BewG sowie Art. 11 BewV

Regel ein Beirat gewählt, der aufgrund von Instruktionen gegenüber dem Bewirtschafter die Rechte der einzelnen Stockwerkeigentümer wahrnimmt. Rechtlich ist das Verhältnis zwischen Beirat und einzelner Stockwerkeigentümer als Auftrag zu qualifizieren.

Die StWEG ist nur dann Vertragspartnerin des Bewirtschafters, wenn der Hotelier gleichzeitig auch als Verwalter amtiert. Unabhängig vom Organisationsgrad der bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeigentümer gilt es zudem zu beachten, dass ein Zusammenschluss der bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeigentümer zu einer Gemeinschaft auf freiwilliger Basis geschieht, da jeder einzelne Stockwerkeigentümer *de iure* mit dem Bewirtschafter einen Bewirtschaftungsvertrag abschliesst. Die Mitgliedschaft des einzelnen Stockwerkeigentümers in der StWEG hingegen ergibt sich gezwungenermassen automatisch aus der Eigenschaft des einzelnen als Stockwerkeigentümer. Eingedenk der Tatsache, dass in einer StWEG sowohl bewirtschaftungspflichtige als auch bewirtschaftungsfreie Stockwerkeigentümer zusammengeschlossen sein können, kann daraus geschlossen werden, dass die StWEG im bezug auf die Bewirtschaftungspflicht in der Regel nicht als Vertragspartnerin auftritt.

Interdependenzen bestehen indessen gleichwohl, da sich Rechte und Pflichten - Verwaltungsaufgaben, Beschlussfassung über Investitionen, Änderungen des Reglementes und dgl., Wahl des Verwalters etc. - des einzelnen Stockwerkeigentümers und des Bewirtschafters sich nicht ohne weiteres trennen lassen. Die Grenze ist demnach fließend; berücksichtigt man zudem die Pflicht zur Aufnahme der Bewirtschaftungspflicht in das Reglement - worauf unter Ziff. 1.3.2. noch einzugehen sein wird - kann unschwer festgestellt werden, dass eine Abgrenzung nicht immer ohne weiteres nachvollziehbar ist.

1.3.2. Die grundsätzliche Funktion des Reglementes der Stockwerkeigentümergeinschaft

Das Stockwerkeigentum wird durch Eintragung im Grundbuch begründet. Ein Reglement ist nicht zwingend vorgeschrieben, kann jedoch von jedem Stockwerkeigentümer verlangt werden²⁹. Wird ein Reglement über die Verwaltung und Benutzung aufgestellt, so ist für dessen Verbindlichkeit die Annahme durch Beschluss mit qualifiziertem Mehr der StWEG erforderlich. Das Reglement kann in der Folge grundbuchlich angemerkt werden. Jede Änderung kann mit diesem qualifizierten Mehr (Mehrheit der Stockwerkeigentümer, die zugleich zu mehr als der Hälfte anteilsberechtigt ist) abgeändert werden.

Das Reglement hat in erster Linie zum Ziel, unter den Stockwerkeigentümern ein Statut zu schaffen, damit vor allem durch den Gebrauch der eigenen oder gemeinschaftlichen Sachen die Rechte der anderen Stockwerkeigentümer gewahrt und nicht etwa beeinträchtigt werden. Mithin sollen die "Kollektivinteressen der Gemeinschaft nicht dem Nutzen eines einzelnen"³⁰ zu weichen haben. Im Rahmen dieser Einschränkung ist aber der Stockwerkeigentümer in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung seiner eigenen Räumlichkeiten frei³¹.

²⁹ Art. 712 g Abs. 3 ZGB

³⁰ Weber, S. 200 ff.

³¹ Art. 712 a Abs. 2 ZGB

1.3.3. Die Aufnahme der Bewirtschaftungspflicht ins Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft

Bei Aparthotels, die der Bewilligungspflicht nach dem Bewilligungsgesetz unterliegen, ist die Schaffung eines Reglementes obligatorisch vorausgesetzt, wie sich aus Art. 11 Abs. 2 lit. g BewV ergibt. Demnach ist bei Aparthotels die Verpflichtung, die Wohneinheit dem Betriebsinhaber zur Bewirtschaftung gemäss dem Begründungsakt des Stockwerkeigentums zu überlassen, ausdrücklich ins Reglement aufzunehmen.

Nach unserer Auffassung wird dadurch ein Instrument des Privatrechtes, nämlich das Reglement der Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft, zweckentfremdet. Der Bewirtschafter schliesst nämlich de iure mit jedem einzelnen Stockwerkeigentümer einen individuellen Vertrag ab. Das Reglement hingegen dient, wie dargelegt wurde, einem anderen Zweck. Die Aufnahme der Bewirtschaftungspflicht in das Reglement steht aber auch im Widerspruch zu Art. 712 a Abs. 2 ZGB, wonach der Stockwerkeigentümer in der Verwaltung und Nutzung seiner eigenen Stockwerkeinheit - d.h. innerhalb seiner vier Wände - frei ist; das Reglement sollte ihn - wie bereits dargelegt - nur insbesondere in der Benutzung der gemeinschaftlichen Teile oder aber bezüglich übermässiger Nutzung der eigenen Stockwerkeinheit, die eine Beeinträchtigung für die übrigen Stockwerkeigentümer zur Folge haben könnte, einschränken. Diese "übermässige Nutzung" ist dabei selbstredend nicht im Sinne der hotelmässigen Bewirtschaftung zu verstehen, denn auch in einer Liegenschaft, die zu Stockwerkeigentum ausgeschieden wurde, kann eine intensivere Nutzung der Stockwerkeinheiten vorliegen (so etwa Geschäftsräumlichkeiten, ganzjährig bewohnte Eigentumswohnungen etc.). Auszugehen ist vielmehr davon, dass

die Nutzungsintensität, wie bereits dargetan, ganz einfach dort ihre Grenze finden muss, wo ein Dritter oder gar alle übrigen Stockwerkeigentümer in ihren Eigentumsrechten verletzt werden. Insofern ist das Reglement für die Nutzung der eigenen Stockwerkeinheit - neben den übrigen, allgemeinen sachenrechtlichen Vorschriften selbstverständlich - massgebend und entscheidend. Eine andere Funktion ist weder Gesetz noch Praxis zu entnehmen.

Im Prinzip wird somit das Reglement verwendet für eine Absicherung, die mit der Ordnung der Stockwerkeigentümer rein gar nichts zu tun hat. Das Wesensfremde ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass eine entsprechende Aenderung nur mit behördlicher Genehmigung und in der Regel einstimmig erfolgen kann. Zum einen wird somit die unserem System eher unbekannte Abhängigkeit in Zusammenhang mit einer grundsätzlich in den Schranken unserer Rechtsordnung den einzelnen Vertragspartnern stehenden Befugnis zur Aenderung eines Statuts festgelegt. Durch die nunmehr im BewG vorgeschriebene Eigentumsquote des Bewirtschafterers führt diese Regelung zum anderen aber noch zu einer massiven Verstärkung der Abhängigkeit des Eigentümers einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit gegenüber dem Hotelier. Wieweit sich eine solche Regelung in Konfliktsituationen aufgrund von Modellen nach dem neuen BewG vertreten lässt, muss hier offen bleiben.

1.4. Der Bewirtschafter

Der Bewirtschafter ist daran interessiert, die aufgrund der Bewirtschaftungspflicht ihm zur Verfügung stehende Stockwerkeinheit extrem intensiv und zu möglichst günstigen Konditionen zu nutzen. Aus verständlichen Gründen wird er in der Regel danach trachten, die gesetzlich gegebenen Druck-

mittel vollumfänglich einzusetzen, und zwar vor allem in Zusammenhang mit dem mit dem einzelnen Stockwerkeigentümer auszuhandelnden Miet- oder Pachtvertrag. Wegen seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Hotelbetrieb und wegen der Zielsetzung, die mit der Aparthotelformel verfolgt wird, kann er in Konfliktsituationen seinen Standpunkt vor allem dann eher durchsetzen, wenn es um Fragen des Ermessens der Behörden oder aber um Auslegungsprobleme geht.

1.5. Der Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit

Der bewirtschaftungspflichtige Stockwerkeigentümer ist an einer möglichst hohen Rendite seiner Einheit und allenfalls an einer eigenen intensiven Nutzung interessiert. Aus den weiter oben namhaft gemachten Gründen wird er sich aber in seinen Ertragserwartungen praktisch ausnahmslos enttäuscht sehen.

Stellt man allein auf die positivrechtliche Regelung ab, so stehen sich zwei ungleiche Vertragspartner gegenüber, wenn es etwa darum geht, einen neuen Vertrag abzuschliessen. Oft wird sich bei Uneinigkeit der Bewirtschafter auf die Bewirtschaftungspflicht berufen, die als Auflage unbestrittenermassen besteht und auch im Reglement ihren Eingang gefunden hat. Dem Stockwerkeigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Einheit wird wohl nichts anderes übrig bleiben, als sich entweder dem Diktat des Bewirtschafter zu unterwerfen oder sich aber auf eine Auseinandersetzung einzulassen, deren Ausgang für ihn höchst ungewiss ist und im Extremfall zum Widerruf zur Bewilligung und anschliessender Versteigerung der Stockwerkeinheit führen kann.

Nach dem neuen BewG wird die Position des Bewirtschafterers noch verstärkt, da er ja über 51 % der Wertquoten verfügen muss, so dass etwa eine Reglementsänderung zu seinen Ungunsten a priori ausser Betracht fallen dürfte. Wenn nicht schon wirtschaftliche und rechtliche Argumente nach dem alten Recht gegen den Erwerb einer Stockwerkeinheit in einem Aparthotel sprechen, dürfte dies nach dem neuen BewG erst recht der Fall sein. Bezeichnenderweise ist beim Grundbuchinspektorat des Kantons Graubünden etwa seit Jahren nur gerade ein Gesuch für ein Aparthotel wieder bewilligt worden.

Ganz aussichtslos ist indessen die Position des Stockwerkeigentümers einer bewirtschaftungspflichtigen Einheit bei jenen Aparthotels nicht, die vor dem 01.01.1985 erstellt wurden, und zwar selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass in der Regel das neue Recht zur Anwendung gelangt. Nach dem alten Recht war eine bestimmte Quote, die im Eigentum des Bewirtschafterers stehen musste, nicht vorgesehen, so dass zumindest die Aenderung des Reglementes in der Stockwerkeigentümer-Versammlung keine Schwierigkeiten bieten dürfte. Die mangelnde Nachfrage nach bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten dürfte wohl zur Folge haben, dass für die nähere Zukunft in erster Linie Problemstellungen in Zusammenhang mit Aparthotels, die vor dem 01.01.1985 begründet und erstellt wurden, Gerichte und Behörden beschäftigen werden.

2. Rechtsgrundlagen für die Befreiung von der Bewirtschaftungspflicht

2.1. Die gesetzlichen Grundlagen

In der Praxis wird man oft mit der Frage konfrontiert, unter welchen Voraussetzungen eine bewirtschaftungspflichtige Stockwerkeinheit vom Bewirtschaftungszwang befreit werden kann. Dem Gesetz kann hiezu nur entnommen werden, dass Bedingungen und Auflagen auf Antrag des Erwerbers aus "zwingenden Gründen" widerrufen werden können ³². In der Verordnung wurde zur Erläuterung dieser "zwingenden Gründe" lediglich angeführt, dass diese dann gegeben seien", wenn eine Veränderung der Verhältnisse für den Erwerber eintritt, welche die Erfüllung der Auflage unmöglich oder unzumutbar macht." ³³. Der Gesetzgeber hat es mithin unterlassen, im Gesetz näher zu umschreiben, was er unter "zwingenden Gründen" verstehen will. Der nähere Spezifikationsversuch in der Verordnung ist - für Aparthotels - zumindest irreführend, da aufgrund dieses Textes davon ausgegangen werden könnte, es müssten lediglich Voraussetzungen auf Seiten des gemäss Auflage verpflichteten Stockwerkeigentümers vorliegen. Auch den Beratungen im Nationalrat lässt sich zu dieser Frage nichts Näheres entnehmen.

2.2. Vergleich der "zwingenden Gründe" mit dem "Härtefall"

Der Härtefall wird im Gesetz wie folgt umschrieben: "Einer natürlichen Person, die von einer anderen eine Haupt-, Zweit- oder Ferienwohnung oder eine Wohnheinheit in einem

³² Art. 14 Abs. 4 BewG

³³ Art. 11 Abs. 4 BewV

vgl. Art. 8 Abs. 3 BewG und Art. 4 VO zum BewG, in dem doch die Voraussetzungen festgehalten werden

Aparthotel erwirbt und dafür mangels kantonaler Bestimmungen oder infolge einer örtlichen Bewilligungssperre keinen Bewilligungsgrund hat, wird die Bewilligung erteilt, wenn ein Härtefall für den Veräusserer vorliegt. Als Härtefall gilt eine nachträglich eingetretene, unvorhersehbare Notlage des Veräusserers, die er nur abwenden kann, indem er das Grundstück an eine Person im Ausland veräussert. Eine Bewilligung aus diesem Grund wird auf das kantonale Bewilligungskontingent für den Erwerb von Ferienwohnungen und Wohnheiten in Aparthotels angerechnet" 34.

Beim Härtefall muss es nicht notwendigerweise um die Beseitigung einer Auflage gehen. Im wesentlichen wird vielmehr in Ausnahmesituationen einer natürlichen Person als Eigentümerin einer Stockwerkeinheit - und zwar unabhängig, ob Ausländer oder Schweizer - die Möglichkeit gegeben, diese Stockwerkeinheit an eine (andere) bewilligungspflichtige Person verkaufen zu können. Zum Entscheid steht bei einem solchen Tatbestand nicht die Frage nach einer Beseitigung von Auflagen, sondern einzig und allein, ob eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Die Gründe sind in der Person des Veräussers nachzuweisen, die Bewilligung hingegen ist dem Erwerber zu erteilen, wobei er dieselben Voraussetzungen zu erfüllen hat, wie sie auch für andere bewilligungspflichtige Erwerber gelten 35.

In Zusammenhang mit dem Härtefall nahm der Gesetzgeber bereits im Gesetz eine nähere Umschreibung vor. Als Härtefall wird in erster Linie eine nachträglich eingetretene, unvorhersehbare finanzielle Notlage des Veräusserers vorausgesetzt. Ein Härtefall liegt sodann erst vor, wenn diese Not-

³⁴ Art. 8 Abs. 3 BewG

³⁵ Vgl. insbesondere Art. 4, 5, 11, 12 und 13 BewG

lage nur durch den Verkauf der Stockwerkeinheit an eine bewilligungspflichtige Person abgewendet werden kann. Nach der Bewilligungsverordnung wird diesbezüglich der Nachweis verlangt, dass die Stockwerkeinheit erfolglos auf dem Schweizer Immobilienmarkt zum Verkauf angeboten wurde, und zwar zu den Gestehungskosten unter Hinzurechnung einer angemessenen Verzinsung, wenn der Veräusserer mehr als zwei Jahre Eigentümer der Stockwerkeinheit war ³⁶.

Aufgrund der kantonalen Gesetzgebungsbefugnis wurde im Kanton Graubünden ausserdem im Art. 1 lit. e der Vollzugsverordnung, die ab 01.01.1988 durch ein Einführungsgesetz (Art. 7) ersetzt wird, neben dem finanziellen Härtefall gemäss Bundesrecht auch eine besondere Regelung für sogenannte Zweithandwohnungen getroffen. Demnach kann unter gleichen markttechnischen Voraussetzungen wie beim klassischen Härtefall die Stockwerkeinheit an eine bewilligungspflichtige Person verkauft werden, wenn der Gesuchsteller sein Eigentum aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr nutzen kann oder aber seinen Wohnsitz etwa in einen anderen Kontinent verlegt. Da im Ergebnis dasselbe Ziel mit dieser Ausnahmewilligung verfolgt wird, ist im hier nachfolgend dargelegten Vergleich nur vom Härtefall im Sinne des Bundesrechtes die Rede.

In solchen Fällen kann die Ausnahmewilligung bei entsprechendem Nachweis bedenkenlos erteilt werden, weil Rechte Dritter in der Regel nicht berührt werden mit Ausnahme vielleicht des Umstandes, dass die entsprechende Bewilligung auf das Jahreskontingent des betreffenden Kantons angerechnet wird ³⁷, wobei dies zumindest zum Zeitpunkt der Abfassung

³⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 2 BewG und Art. 4 BewV

³⁷ Art. 8 Abs. 3 BewG, letzter Satz

dieser Arbeit nicht ins Gewicht fällt, weil die Kontingente ohnehin nicht ausgeschöpft werden.

Keine grösseren Anforderungen dürfte die Bewilligungsbehörde im Zusammenhang mit Gesuchen um Befreiung von Auflagen und Bedingungen stellen, wenn die Aufhebung einer Auflage oder Bedingung nicht dem gesetzgeberischen Zweck zuwider läuft und vernünftige Gründe geltend gemacht werden können. Gemäss Art. 11 Abs. 4 BewV ist ein zwingender Grund für den Widerruf einer Auflage dann gegeben, wenn eine Veränderung der Verhältnisse - darauf wurde bereits verwiesen - für den Erwerber die Erfüllung der Auflage unmöglich oder unzumutbar macht. Im Zusammenhang mit der Bewirtschaftungspflicht ist aber eben das "Dreiecksverhältnis" Behörde / Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit / Bewirtschafter zu berücksichtigen. Der Tatbestand der "Unmöglichkeit" der Erfüllung dürfte beispielsweise dann gegeben sein, wenn sich kein Bewirtschafter - allenfalls nach einem Konkurs oder bei veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen - mehr bereit findet, die Einheit zu bewirtschaften. Dieser Sachverhalt bietet grundsätzlich keine weiteren Schwierigkeiten, weil der Bewilligungsbehörde nichts anderes übrig bleibt, als die Auflage der Bewirtschaftungspflicht zu widerrufen oder zumindest den Zustand der nicht gegebenen Erfüllung der Auflage zu dulden.

Anders verhält es sich aber, wenn sich allein die Verhältnisse für den Erwerber gewandelt haben. Bereits weiter oben wurde kurz auf das Bauherrenmodell mit seinen - seit 01.01.1983 - nicht mehr bestehenden Steuervorteilen hingewiesen. Oft wurden Stockwerkeinheiten nach diesem Modell von ausländischen Personen erworben, die mit diesem Erwerb bereits an die Grenze ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit stiessen und bei denen dieser Kauf nur unter dem Gesichtspunkt der

Steuerabschreibungen und der versprochenen Ertragsaussichten verantwortet werden konnten. Beim "Härtefall" ist davon auszugehen, dass in besonderen Fällen das Wegfallen der steuerlichen Vorteile, das dann eine nachträglich eingetretene, unvorhersehbare Notlage für den Eigentümer zur Folge hatte, ausreichen, um eine Ausnahmegewilligung zu erwirken. Ähnlich grosszügig wird die Bewilligungsbehörde bei Auflagen verfahren, allerdings wohl mit Ausnahme der mehrfach erwähnten Auflage der Bewirtschaftungspflicht. Diese Differenzierung ergibt sich aus dem Grundgedanken des Aparthotels. Man muss sich vergegenwärtigen, dass dieses Modell als alternative Finanzierungsformel für die traditionelle Hotellerie gedacht war, um den Investitionsbedarf unter Verhinderung einer nicht mehr vertretbaren Verschuldung des Hoteliers zu decken. Der Bewirtschafter wird somit unabhängig von der Position des Bewirtschafteten auf einer Ausübung des Bewirtschaftungsrechtes bestehen.

Zu beachten gilt es auch, dass selbst dann, wenn einem Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit eine Ausnahmegewilligung für den Verkauf an eine andere der Bewilligungspflicht unterstellte Person zuerkannt wird, ihm dies - zumindest bei den zur Zeit der Abfassung dieser Arbeit bestehenden wirtschaftlichen Verhältnissen - wenig nützt, weil sich die Einheit wegen der Bewirtschaftungspflicht sowohl auf dem schweizerischen als auch auf dem ausländischen Markt praktisch als unverkäuflich erweist. Dies hat zudem auch zur Folge, dass durch diese rechtliche und praktische Einschränkung des Grundeigentums sich die Stellung des Stockwerkeigentümers von jenem eines allein mit Kapital beteiligten Dritten am Hotelbetrieb wenig unterscheidet.

3. Irrtum in der Ertragserwartung bzw. bezüglich veränderter wirtschaftlicher Voraussetzungen

Mit dem Irrtum in der Ertragserwartung musste sich das Bundesgericht erst einmal befassen ³⁸. Dabei ging es im wesentlichen um folgenden Tatbestand: Die in der Bundesrepublik Deutschland wohnhaften Beschwerdeführer erwarben im Jahre 1981 eine Stockwerkeinheit. Die Erwerbsbewilligung wurde u.a. mit der Auflage erteilt, dass das Objekt im Rahmen der Bestimmungen des Stockwerkeigentümerreglementes und des Mietvertrages mit der Betriebsgesellschaft hotelmässig zu bewirtschaften sei. Im Jahre 1985 ersuchten nun die Beschwerdeführer das Grundbuchinspektorat um Befreiung von der erwähnten Auflage, weil die anfallenden Verluste, die dem bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeigentümer durch den Bewirtschaftungszwang entstünden, nicht zumutbar seien. Das Grundbuchinspektorat lehnte dieses Begehren ab; das Verwaltungsgericht bestätigte in der Folge diesen Entscheid.

Zur Diskussion stand, ob die Auflage, welche die Beschwerdeführer zur hotelmässigen Bewirtschaftung ihrer Stockwerkseigentumseinheit verpflichtet, widerrufen werden müsse, und zwar aus zwingenden Gründen gestützt auf Art. 14 Abs. 4 BewG. Wie bereits weiter oben ausgeführt, gelten als zwingende Gründe gemäss Art. 11 Abs. 4 der Verordnung Veränderungen der Verhältnisse für den Erwerber, welche die Erfüllung der Auflage unmöglich oder unzumutbar machen.

Kumulativ sind somit zwei Voraussetzungen zu erfüllen: Zum einen müssen sich die Verhältnisse seit der Bewilligungserteilung grundlegend geändert haben, wobei nur Entwicklungen in

³⁸ Vgl. nicht publizierter Bundesgerichtesentscheid i.S. Machulla / Grundbuchinspektorat des Kantons Graubünden, sowie Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, vom 20.06.1986

Betracht fallen können, die - so das Bundesgericht - seinerzeit nicht voraussehbar waren. Erst wenn feststeht, dass die neuen Umstände für den Erwerber schwerwiegende Folgen zeitigen, ist zu untersuchen, ob die Erfüllung der Auflage für ihn eine nicht zu rechtfertigende Härte darstellt ³⁹.

Als Grund machten die Beschwerdeführer insbesondere geltend, dass in wirtschaftlicher Hinsicht die betreffende Stockwerkeinheit ihnen lediglich Verluste verursacht habe. Zu dieser Begründung führte das Bundesgericht aus, dass mit dem Erwerb des Appartements die Beschwerdeführer das wirtschaftliche Risiko, welches ihnen aus der vertraglichen Bindung mit der Betriebsgesellschaft und der erwähnten öffentlich-rechtlichen Auflage erwuchs, in Kauf genommen hätten. "Wer sich gegenüber einer Gesellschaft, auf deren Geschäftsgebaren er keinen oder nur beschränkten Einfluss hat, verpflichtet, ihr während sechs Monaten im Jahr ein Ferienappartement zur hotelmässigen Nutzung zu überlassen, kann nicht von vornherein damit rechnen, einen Gewinn zu erzielen. Vielmehr wird er aus der Vermietung lediglich einen mehr oder weniger grossen Beitrag an seine laufenden Kosten erwarten dürfen" ⁴⁰. Von Anfang an hätten die Beschwerdeführer nicht mit Gewinnen rechnen können. Somit sei eine der Hauptvoraussetzungen für den Widerruf, nämlich die Unvorhersehbarkeit der eingetretenen Entwicklung, nicht erfüllt. Wesentlich erscheint eine weitere Feststellung des Bundesgerichtes, wonach unter dem Gesichtswinkel von Art. 14 Abs. 4 BewG unerheblich sei, aus welchen Motiven sich die Beschwerdeführer seinerzeit zum Kauf des Appartements entschlossen haben.

³⁹ A.a.O., Seite 5

⁴⁰ A.a.O., Seite 7

Aus den Ausführungen des Bundesgerichtes ergibt sich somit, dass der Motivirrtum, ähnlich wie im Privatrecht, nicht von der eingegangenen Verpflichtung - hier der Auflage der Bewirtschaftungspflicht - befreien kann. Aehnlich dürfte das Bundesgericht auch entscheiden, wenn beispielsweise deutsche Erwerber das Wegfallen der steuerlichen Vorteile nach dem Bauherrenmodell geltend machen würden, es sei denn, diese nicht mehr bestehenden steuerlichen Abzugsmöglichkeiten führten zu einer unzumutbaren Härte. Nachfolgend wird daher zu prüfen sein, wann das Bundesgericht die Voraussetzungen im Sinne von Art. 14 Abs. 4 BewG als erfüllt betrachtet.

Offen lässt das Bundesgericht grundsätzlich die Frage, ob ein Widerruf der Auflage auch dann in Betracht fallen könne, wenn sich die persönlichen Verhältnisse der Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit seit dem Liegenschafts Kauf entscheidend gewandelt hätten. Immerhin schliesst unsere höchstrichterliche Instanz diese Möglichkeit nicht grundsätzlich aus ⁴¹.

Das Bundesamt für Justiz indessen scheint eine solche Lösung nicht zuzulassen. In seiner Stellungnahme zum erwähnten Verfahren vor Bundesgericht i.S. Machulla / Grundbuchinspektorat des Kantons Graubünden hält nämlich die Amtsstelle fest, dass die Infrastruktur des Aparthotels, d.h. der eigentliche Hotelbetriebsteil, grössenmässig auf den Logementteil ausgerichtet sei. Da die Ausführungen der Amtsstelle nicht überall zugänglich sind, sei sie nachfolgend wörtlich zitiert: "Bei einem 4-Stern-Betrieb wie im vorliegenden Fall ist der Betriebsteil besonders grosszügig dimensioniert. Der Hotelbetreiber benötigt daher mindestens die Anzahl Betten, die auf die Hotelappartements entfallen; stehen sie ihm nicht zur Verfügung,

⁴¹ A.a.O., Seite 8

kann er das Hotel nicht wirtschaftlich betreiben. Für das Verhältnis Logementteil - Betriebsteil werden in der Regel umfassende Abklärungen getätigt. Der Ordnungsgeber hat diesem Punkt die gebührende Beachtung geschenkt, allerdings erst mit der Revision der BewVF vom 18. Juni 1979 (AS 1979/806). Art. 4 Abs. 5 Buchstabe c BewVF 79 sah vor, dass die schweizerische Gesellschaft für Hotelkredite (SGH) zur Frage der Eignung der Zweitwohnungen für die hotelmässige Bewirtschaftung ein Gutachten zu erstellen hat. Art. 10 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland enthält eine analoge Bestimmung. Die SGH ist in ihren Richtlinien stets davon ausgegangen, dass mindestens 2/3 der Wohnungen hotelmässig bewirtschaftet werden müssen. Wird eine bestimmte Anzahl Wohnungen bzw. Betten unterschritten, eignet sich das Objekt nicht für eine Bewirtschaftung." 42

Zutreffend ist unseres Erachtens die Argumentation, wonach eine Entlassung aus der Bewirtschaftungspflicht dann nicht möglich sei, wenn die Ertragserwartungen sich nicht erfüllen lassen. Die übrigen durch das Bundesamt für Justiz namhaft gemachten Gründe hingegen stehen unseres Erachtens in klarem Widerspruch zum BewG, indem in Art. 14 Abs. 5 BewG klar festgehalten wird, dass Bedingungen und Auflagen auf Antrag des Erwerbers aus zwingenden Gründen widerrufen werden können. Die dazugehörige Verordnung - darauf wurde bereits verwiesen - hält in Art. 11 Abs. 4 BewV ausdrücklich fest, dass ein solcher zwingender Grund dann vorliege, wenn eine Veränderung der Verhältnisse für den Erwerber die Erfüllung der Auflage unmöglich oder unzumutbar macht. Der "Erwerber" ist aber der Eigentümer der bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit; vom Bewirtschafter ist im Gesetz überhaupt nicht die Rede. Genau-

42 Vernehmlassung des Bundesamtes für Justiz z.H. des schweizerischen Bundesgerichtes im Fall Machulla / Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden vom 6. Dezember 1985

sowenig, wie für den ausländischen Erwerber Rentabilitätsüberlegungen für eine Befreiung von der Bewirtschaftungspflicht entscheidend sein können, dürfen umgekehrt Ertragsmöglichkeiten des Hoteliers oder Bewirtschafters massgebend sein zur Begründung eines ablehnenden Bescheides in Zusammenhang mit einem Gesuch um Aufhebung der Auflage. Daran ändert auch die Zielsetzung des Gesetzgebers in Zusammenhang mit der Schaffung der Aparthotelformel nichts. Ohne klare Rechtsgrundlage können weder öffentliche Verwaltung noch Gerichte Verfügungen oder Entscheide erlassen, die klar von protektionistischen Tendenzen geprägt sind. Ausserdem stünde einem solchen Vorhaben im vorliegenden Fall klar die Zielsetzung des BewG gemäss Zweckartikel 1 BewG entgegen.

Die Konkretisierung der Kriterien, wann "zwingende Gründe" angenommen werden können, die zu einem Widerruf der Auflage der Bewirtschaftungspflicht führen, bleibt dem Richter überlassen. In Anbetracht der bestehenden Parallelen zum Härtefall dürften sich wohl ähnliche Kriterien herausbilden, zumal beide Ausnahmebestimmungen ausschliesslich von Voraussetzungen seitens des Erwerbers ausgehen. Eine Abwägung zwischen den Interessen des Bewirtschafters und jenen des Erwerbers ist unseres Erachtens unzulässig, da sie im Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut der Bestimmung stehen würde.

4. Anwendungsbeispiele für eine Befreiung von der Bewirtschaftungspflicht ohne Anrufung der "zwingenden Gründe"

4.1. Befreiung unter der Voraussetzung der Einhaltung der bewirtschaftungspflichtigen Quoten gemäss Grundsatzbewilligung

Die Globalbewilligungen für den Verkauf von Stockwerkeinheiten in Aparthotels an Personen im Ausland räumten dem Ersteller in der Regel die Möglichkeit ein, neben bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten im Umfange von 65 % der Wohnraum-Wertquoten die restlichen 35 % ohne Auflage der Bewirtschaftungspflicht an bewilligungspflichtige Personen zu veräussern. Da sich die ausländischen Erwerber insbesondere in der Vergangenheit oft keine Rechenschaft über die Tragweite der Bewirtschaftungspflicht ablegten, kam es bisweilen vor, dass die 35 % bewirtschaftungsfreie Quoten nicht ausgeschöpft wurden und demnach mehr Einheiten der Bewirtschaftungspflicht unterstellt wurden, als gemäss Bewilligung erforderlich.

Will nun der Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit bei einer solchen Konstellation die noch zur Verfügung stehende Quote zum Teil oder ganz für sich beanspruchen, um einen Widerruf der auf seiner Einheit lastenden Bewirtschaftungspflicht zu erwirken, so verlangt die Bewilligungsbehörde des Kantons Graubünden neben der Zustimmung aller bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeigentümer auch jene des Bewirtschafters, bevor eine entsprechende Verfügung erlassen wird. Die Zustimmung der verbleibenden bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeigentümer wird unseres Erachtens zurecht vorausgesetzt, weil sich die Chancen eines jeden Stockwerkeigentümers, jemals eine Befreiung zu erwirken, mit jedem Widerruf der Auflage verringern und bei Erreichen der 350/1000 Wertquoten schwinden. Nicht ganz nach-

vollziehbar ist die zweite Bedingung, die die Behörde in solchen Fällen stellt. Wie bereits mehrfach ausgeführt, ist das Verhältnis Bewirtschafter / Bewirtschafteter privatrechtlicher Natur. Hält nun der hier zur Diskussion stehende Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit den laufenden Vertrag ein und kündigt er ihn in der Folge form- und fristgerecht, so ist nicht einzusehen, warum gegenüber der Bewilligungsbehörde ein irgendwie geartetes Einverständnis des Bewirtschafters nachgewiesen werden müsste. Hat sich nämlich der Betrieb aufgrund des Gutachtens der SGH auch im Verhältnis 650/1000 als lebensfähig erwiesen, so bestehen unseres Erachtens keine Hindernisse unter dem Gesichtspunkt des BewG, trotz allfälligem Widerstand des Bewirtschafters den Widerruf der Auflage zu verfügen.

Für zulässig erachtet wurde in der Praxis auch der Widerruf der Auflage der Bewirtschaftungspflicht dann, wenn die Auflage auf eine - bislang bewirtschaftungsfreie - andere Stockwerkeinheit übertragen wurde, allerdings unter der Bedingung, dass sich die Wertquoten der zwei Tauschobjekte entsprechen oder wenn die neu der Bewirtschaftungspflicht zu unterstellende Einheit grösser ist. Bei diesem Sachverhalt ist unseres Erachtens weder die Zustimmung der übrigen bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeigentümer noch jene des Bewirtschafters erforderlich, weil in der Regel sich weder die Position der einen noch jene des andern verändert oder gar verschlechtern würde.

Das Grundbuchinspektorat des Kantons Graubünden verlangt aber gleichwohl neben der Zustimmung des Bewirtschafters neuerdings auch den Nachweis der Zustimmung eines in der Regel vorhandenen Grundpfandgläubigers der bewirtschaftungsfreien Stockwerkeinheit, und zwar vor allem deshalb, weil das Grundpfand durch die Auflage der Bewirtschaftungspflicht

auf dem Immobilienmarkt massiv an Wert einbüsst und deshalb auch im Rahmen von Zwangsversteigerungen - die in letzter Zeit auch im Kanton Graubünden oft zur Durchführung gelangten - sich als unverkäuflich erweist. Der Grundpfandgläubiger - in der Regel eine Bank - sieht sich daher genötigt, das Grundpfand in den meisten Fällen selbst zu ersteigern.

Steht nun bei dieser Konstellation dem Grundpfandgläubiger das Recht zu, die Verfügung der Auflage von seiner Zustimmung abhängig zu machen? Welche Rechtsbehelfe stehen ihm allenfalls zur Verfügung, um eine ohne seine Zustimmung verfügte Auflage beseitigen zu lassen oder aber den Schaden bei einer allfälligen Grundpfandverwertung auszugleichen?

Die Schutzmittel sind in Art. 808 ff. ZGB geregelt. Danach kann der Gläubiger vom Schuldner die Sicherung seiner Ansprüche oder die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen. Droht lediglich die Gefahr einer Wertverminderung, so hat er Anspruch auf eine ausreichende Sicherung. Die gesetzliche Regelung ist soweit klar. Diese Rechte stehen dem Grundpfandgläubiger aber nur gegen seinen Vertragspartner zu. Wie verhält es sich aber, wenn die Pfandverschlechterung bereits eingetreten und der Schuldner und Pfandeigentümer etwa wegen Zahlungsunfähigkeit nicht mehr in der Lage ist, entweder Sicherheit zu leisten oder den früheren Zustand wiederherzustellen? In einem solchen Fall nützt es dem Gläubiger wenig, wenn der Gesetzgeber ihm gegenüber dem Schuldner die erwähnten Rechte einräumt. Ebenso wenig wirksam ist die Regelung in Art. 812 Abs. 2 ZGB, die sich nur auf Dienstbarkeiten und Grundlasten bezieht, nicht aber auf Auflagen. Das Gesetz spricht ausserdem nicht von einer irgendwie gearteten Pflicht des Grundbuchführers oder gar der Bewilligungsbehörde, vor Verfügung bzw. Anmerkung der Auflage die Zustimmung des Grundpfandgläubigers einzuholen,

so dass diesem weder gegen die eine noch die andere Amtsstelle ein Schadenersatzanspruch zusteht. Die Praxis des Kantons Graubünden trägt aber in dieser Hinsicht zur Rechtssicherheit bei. Auch dürfte die Voraussetzung des Nachweises der Zustimmung im Rahmen pflichtgemässen Ermessens liegen.

4.2. Erwerb einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit durch eine nicht der Bewilligungspflicht unterworfenene Person

Nach Auffassung des Verfassers dieser Arbeit wurden die Interdependenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht vom Gesetzgeber wenig durchdacht. Diese Kritik wollen wir an nachfolgendem Beispiel belegen.

Die Auflage der Bewirtschaftungspflicht entspringt dem BewG, mithin einem Gesetz, das grundsätzlich nur auf Personen mit Wohnsitz im Ausland angewendet werden kann. Wie dargelegt, hat der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Formel auch finanzielle Interessen der Hotellerie berücksichtigen wollen. Unbestritten ist, dass beim ursprünglichen Verkauf die Auflage der Bewirtschaftungspflicht nur für Ausländer gelten sollte, es sei denn, das kommunale Baugesetz sähe andere Gründe vor, die auch auf Personen Anwendung finden, die nicht der Bewilligungspflicht unterliegen ⁴³. Unerheblich ist unseres Erachtens die bisweilen verfolgte Praxis, wonach zur Erreichung des Quorums von 65 % auch bereits bei der Globalbewilligung einige Stockwerkeinheiten von vornherein - d.h. ohne dass diese bewilligungspflichtigen Dritten verkauft würden - der Bewirtschaftungspflicht unterstellt wurden und in der Regel im Eigentum des Bewirtschafters blei-

⁴³ So z.B. ein kommunales Baugesetz, wie etwa in Pontresina, wonach in der sogenannten Hotelzone eine höhere Ausnutzungsziffer für Hotelbauten eingeräumt werden kann.

ben. Entscheidend ist die Einhaltung der Quote von 65 % im Rahmen der Globalbewilligung für die Frage, ob von einem Aparthotel im Sinne des BewG ausgegangen werden kann. Wie bereits dargelegt, darf es nicht Sache der Behörde sein, mit Fremdenrecht die wirtschaftlichen Ueberlebenschancen des Bewirtschafters oder eines Betriebes zu gewährleisten.

Die Anmerkung im Grundbuch hat primär der Information von interessierten Grundbuchbenützern zu dienen. In dieser Form wird auch die Auflage der Bewirtschaftungspflicht einer weiteren Öffentlichkeit und jedem interessierten Dritten zur Kenntnis gebracht. Eine weitergehende Wirkung kann der Anmerkung im Grundbuch nach unserer Auffassung nicht zukommen. Die Öffentlich-rechtliche Auflage aber wird einzig und allein gestützt auf das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland verfügt. Das BewG bildet somit die gesetzliche Grundlage, die den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland regelt, um die Ueberfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern ⁴⁴. Dies kann nun nichts anderes bedeuten, als dass im Falle eines Erwerbs durch eine nicht bewilligungspflichtige Person alle in Zusammenhang mit dem BewG aufgestellten Auflagen und Beschränkungen wegfallen. Konsequenterweise müsste auch eine Befreiung von der Bewirtschaftungspflicht erfolgen, und zwar unbesehen der kalkulatorischen Grundlagen der Hotelführung. Ausgeschlossen erscheint, eine solche Befreiung von der Zustimmung des Bewirtschafters abhängig zu machen. Hierzu fehlt jede gesetzliche Grundlage. Dieselbe Konsequenz ergibt sich auch im Rahmen eines Erbganges, wenn der Erbe nicht der Bewilligungspflicht untersteht.

⁴⁴ Vgl. Art. 1 BewG, den sogenannten Zweckartikel

An dieser Rechtslage ändert auch die Aufnahme der Bewirtschaftungspflicht in das Reglement der Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft nichts. Wir haben bereits darauf verwiesen, dass die Aufnahme der Auflage in das Stockwerkeigentümer-Reglement einen Fremdkörper darstellt, bezieht sich doch die Auflage unbestrittenermassen auf die Nutzung der eigenen zu Sonderrecht ausgeschiedenen Räume, in denen der Stockwerkeigentümer aufgrund einer klaren positivrechtlichen Regelung⁴⁵ grundsätzlich frei ist. Die Verteilung der gemeinschaftlichen Kosten - mit Ausnahme der bewirtschaftungsspezifischen - erfährt durch die Beseitigung der Auflage keine Aenderung. Sollten indessen die Fixkosten der ganzen Anlage dadurch Aenderungen erfahren, indem sie sich zum Nachteil der übrigen bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeigentümer pro Einheit verschlechtern, müsste der betreffende Erwerber sich wohl verpflichten, diese Differenz weiterhin zu übernehmen. Ein anderer Schaden für die Gemeinschaft - ausser vielleicht für den Bewirtschafter - ist nicht nachvollziehbar. In einem Zivilprozess - nicht auf dem Verwaltungswege über die Bewilligungsbehörde! - müsste die Gemeinschaft Zweckmässigkeit der Beibehaltung der Reglementesbestimmung und Benachteiligung durch die nicht mehr bestehende Bewirtschaftungspflicht nachweisen.

Im entsprechenden Passus des Reglementes ist in der Regel auch die Ursache der Aufnahme der Bewirtschaftungspflicht im Statut zu finden. Besteht aber dieser Grund - nämlich der Erwerb durch eine bewirtschaftungspflichtige Person - nicht mehr, ist auch die Bewirtschaftungs-Verpflichtung nicht mehr nachvollziehbar, selbst wenn für die Aenderung dieser Bestimmung im Reglement Einstimmigkeit vorausgesetzt wird. Zu beachten gilt es auch, dass diese Bestimmung - nämlich jene

⁴⁵ Art. 712 a Abs. 2 ZGB

der Bewirtschaftungspflicht - der Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft durch die Bewilligungsbehörde aufgezwungen wird, und zwar immer mit der Absicht, das Fremdenrecht durchzusetzen.

Unumgänglich dürfte hingegen der Gang zum Zivilrichter für Aparthotels sein, die nach 1985 erstellt wurden, da diese - vor allem bezüglich Eigentumsquoten - schon von vornherein die Mehrheit am Eigentum durch den Bewirtschafter voraussetzen.

5. Spannungsfeld zwischen Eigentums- und Vertragsfreiheit einerseits und Bewirtschaftungszwang andererseits

5.1. Kündigung des Bewirtschaftungsvertrages durch eine Vertragspartei

5.1.1. Rechtsnatur des Bewirtschaftungsvertrages

Der Bewirtschaftungsvertrag zwischen den einzelnen Stockwerkeigentümern und dem Bewirtschafter ist - daran dürften an sich keine Zweifel bestehen - grundsätzlich privatrechtlicher Natur, und wird in der Regel in der Form eines Pacht- oder Mietvertrages abgeschlossen. Dabei ist aber zu beachten, dass die darin statuierten Bedingungen einer hotelmässigen Bewirtschaftung nicht zuwiderlaufen dürfen und der Bewilligungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen sind.

In der Regel sind solche Verträge zeitlich beschränkt; wurden sie nicht für eine bestimmte Zeit abgeschlossen, so ist wohl ein ähnliches Kündigungsverfahren einzuhalten wie bei den herkömmlichen Miet- und Pachtverträgen gemäss OR

46, wobei die Bestimmungen über Mietnotrecht wegen der besonderen Natur des Geschäftes wohl kaum zur Anwendung gelangen dürften.

5.1.2. Kündigung des Bewirtschaftungsvertrages und Einhaltung der Auflage

Erfolgt nun eine Kündigung, stellt sich die Frage, wie im Falle einer nicht erzielbaren Einigung für den Abschluss eines neuen Vertrages zu verfahren ist. Eine allfällige Aenderung setzt die Zustimmung der Bewilligungsbehörde, die Aufhebung der Bewilligungspflicht ausserdem noch eine Aenderung des Reglementes voraus. Daraus ergibt sich aber, dass aus öffentlichrechtlicher Sicht trotz des zwischen den Vertragsparteien bestehenden vertragslosen Zustandes die Bewirtschaftung weiterzuführen ist, da die Bewilligungsbehörde keineswegs einer Aufhebung des Bewirtschaftungsvertrages zustimmt, solange ihr kein neuer vorgelegt wird.

Im Innenverhältnis - d.h. zwischen Bewirtschafter und Bewirtschaftetem - ergibt sich aufgrund der Kündigung ein vertragsloser Zustand. Der aufgekündete Vertrag vermag keine Wirkung mehr zu entfalten. Somit bleibt die Bewirtschaftungspflicht aus öffentlich-rechtlicher Sicht bestehen, privatrechtlich aber kann keine Partei gezwungen werden, sie zu ihr nicht genehmen Konditionen zu erfüllen.

Ein solcher vertragsloser Zustand kann aber von der Behörde auf Dauer nicht akzeptiert werden. Aufgrund des ihr vom Gesetzgeber erteilten Auftrages hat sie einzugreifen und

46 Art. 253 ff. OR

insbesondere die Einhaltung der Auflage durchzusetzen. An den nachfolgend zu skizzierenden praktischen Beispielen wird ersichtlich, dass ihr hiezu verschiedene Möglichkeiten offenstehen; erkennbar wird aber auch, dass in besonderen Situationen ihr der Gesetzgeber nicht das erforderliche Instrumentarium zur Verfügung gestellt hat, so dass letztlich wiederum von einem Vollzugsdefizit gesprochen werden muss.

5.2. Kündigung des Bewirtschaftungsvertrages durch den Bewirtschafter

Vor allem im Zeitraum 1976 - 1983 wurden - so etwa im Kanton Graubünden - Aparthotels errichtet, wobei in erster Linie die Zielsetzung der Ersteller in der Realisierung spekulativen Gewinns und nicht der Gewährleistung oder Förderung der Hotellerie bestand. Auch der Bewirtschafter - in der Regel ein Hotelier - gab sich oft zu wenig Rechenschaft über die Ertragsfähigkeit von Hotel und Restauration ab. Insbesondere wurde auch verkannt, dass Betriebsgewinne heute in Touris-muskantonen nur eher in Ausnahmefällen in der Restauration realisiert werden können. Umso bedeutsamer sind daher die Erträge aus Logement, wie die SGH in unzähligen Gutachten auch nachgewiesen hat.

Im erwähnten Zeitraum wurden auch - darauf wurde bereits verwiesen - die meisten Aparthotels erstellt und die dazugehörenden Stockwerkeinheiten im Ausland vertrieben. Der Bewirtschafter behielt in vielen Fällen lediglich die für die Bewirtschaftung erforderlichen Betriebsräume und einige wenige Stockwerkeinheiten, die nicht für die Erarbeitung ausreichender Betriebsmittel, geschweige denn für eine Existenzgrundlage oder gar für dringend erforderliche Amortisationen und Rückstellungen ausreichten. Ist in einem solchen

Fall der Bewirtschafter nicht mehr willens, zu den im nunmehr gekündigten Vertrag festgelegten Bedingungen die Stockwerkeinheiten zu bewirtschaften, und weigern sich die Stockwerkeigentümer, einen für sie ungünstigeren Vertrag einzugehen, so dürfte die Bewilligungsbehörde wohl kaum zu der in Art. 25 BewG vorgesehenen Sanktion des Widerrufs der Bewilligung als ultima ratio greifen, weil ja der Stockwerkeigentümer grundsätzlich bewirtschaftungswillig ist, und zwar zu den beim Erwerb festgelegten Bedingungen. In der Regel dürfte er sich auch mit einiger Aussicht auf Erfolg auf den Gutgläubensschutz berufen können.

Dem Bewirtschafter gegenüber stehen der Vollzugsbehörde überhaupt keine Rechtsbehelfe zu, um die Bewirtschaftung - zu welchen Bedingungen auch immer - durchzusetzen. Daraus ergibt sich einmal mehr der eindeutig öffentlich-rechtliche Charakter der Auflage der Bewirtschaftungspflicht, insbesondere aber auch der subjektive Geltungsbereich, und zwar nur für den bewilligungspflichtigen Erwerber. Der Bewirtschafter kann etwa auch nicht gezwungen werden, jene Stockwerkeinheiten, die zur Erfüllung der Bewirtschaftung erforderlich sind - in der Regel Réception, Frühstücks- und Aufenthaltsräume etc. - zu veräußern. In letzter Konsequenz müsste dies dazu führen, dass die Auflage der Bewirtschaftungspflicht widerrufen werden müsste. Die Vollzugsbehörde könnte unseres Erachtens nicht verlangen oder erwarten, dass die Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit etwa einen Vertrag mit einem Hotelier in der Nähe oder am gleichen Ort abschliessen, wie in der Praxis bisweilen irrtümlich angenommen wird.

Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn der Bewirtschafter ohne Kündigung - d.h. somit bei noch laufendem Vertrag - die Bewirtschaftung einfach aufgibt. Aus praktischen Gründen

werden sich die Eigentümer von bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten hüten, etwa auf Einhaltung des Bewirtschaftungsvertrages zu klagen. Zu einer solchen Klage - und das dürfte wiederum unbestritten sein - können sie wohl kaum von der Vollzugsbehörde gezwungen werden. Ebenso wenig kann die Behörde von sich aus mit einiger Aussicht auf Erfolg eine eigene Klage gegen den Bewirtschafter anstrengen, da hierfür eine Rechtsgrundlage fehlt und eine solche Klage auch im Widerspruch zum Prinzip der Gesetzmässigkeit von Verwaltungshandlungen stehen würde ⁴⁷.

5.3. Konkurs des Bewirtschafter

Im Konkurs des Bewirtschafter kann die Gläubigerversammlung oder die Konkursverwaltung - sofern ihr von der Gläubigerversammlung die entsprechenden Befugnisse übertragen wurden - beschliessen, ob die Bewirtschaftung fortgeführt werden soll ⁴⁸. Wird sie zu denselben Bedingungen, die dem gültigen Bewirtschaftungsvertrag zugrunde liegen, geführt, so haben sich die Stockwerkeigentümer einen solchen Beschluss gefallen zu lassen, da sie dadurch grundsätzlich keine Einbusse oder Beeinträchtigung ihrer Rechte in Kauf nehmen müssen. Diese Pflicht zur Fortführung der Bewirtschaftung zu den nämlichen Bedingungen findet ihren Abschluss bei Beendigung des Konkursverfahrens und allfälliger Ersteigerung der zur Bewirtschaftung erforderlichen Lokalitäten durch einen Dritten.

⁴⁷ Anders hingegen, wenn im Rahmen des Bewilligungsverfahrens im Grundbuch etwa in Form der Dienstbarkeit die Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers der Restaurationsräume zur Erbringung hotelmässiger Dienstleistungen eingetragen wurde. Je nach Bezeichnung des Dienstbarkeitsberechtigten dürfte auch die Aktivlegitimation der Behörde im Zivilprozess oder allenfalls sogar im Verwaltungsverfahren gegeben sein. Schwierigkeiten dürfte die Festlegung der Sanktion gegenüber dem Bewirtschafter bereiten, da hierfür eine gesetzliche Grundlage fehlt.

⁴⁸ Art. 235 SchKG, insbesondere aber Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 und Art. 238 SchKG

Mit diesem Dritten ist sodann ein neuer Vertrag abzuschließen. Dieser Dritte braucht sich die beim früheren, nunmehr konkursiten Bewirtschafter bestehenden Konditionen nicht gefallen zu lassen; auch können sich die Stockwerkeigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit nicht darauf berufen. Umgekehrt brauchen sich die einzelnen Stockwerkeigentümer nicht jeden Vertrag aufzwingen zu lassen. Um der Gefahr des Widerrufs der Bewilligung bei einer nicht erzielbaren Einigung wegen Nichteinhaltens der Bewilligungspflicht nicht ausgesetzt zu sein, werden nachfolgend unter 5.5. Lösungsmöglichkeiten aufgezeichnet, die auch für diesen Fall Gültigkeit beanspruchen können.

5.4. Kündigung des Bewirtschaftungsvertrages durch die Eigentümer der bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten

Unter Ziff. 3 hievor wurde dargelegt, dass der Irrtum in der Ertragserwartung dem bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeigentümer nicht von der grundsätzlichen Pflicht der Bewirtschaftung entbinden kann. Hingegen stehen ihm dieselben ordentlichen Kündigungsrechte wie dem Bewirtschafter zu, allerdings mit dem Vorbehalt, dass ein neuer Bewirtschaftungsvertrag abgeschlossen werden muss.

Der Bewirtschafter befindet sich insofern in einer besseren Vertragsposition als der Bewirtschaftete, als dass die Pflicht zur Bewirtschaftung klar aufgrund öffentlichen Rechtes besteht und zudem im Stockwerkeigentümer-Reglement verankert ist. Diesem an sich nicht immer erwünschten Ungleichgewicht kann nur mit einer Abwägung im Einzelfall Rechnung getragen werden.

Es wurde bereits darauf verwiesen, dass der Bewirtschaftungsvertrag in der Regel nicht zwischen der Stockwerkeigen-

tümer-Gemeinschaft einerseits und dem Bewirtschafter andererseits, sondern zwischen den einzelnen Stockwerkeigentümern und dem Bewirtschafter abgeschlossen wird. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen wurden wiederum vom Gesetzgeber nicht bedacht. Im Extremfall könnte dies dazu führen, dass der Bewirtschafter mit jedem Stockwerkeigentümer einen individuellen Vertrag abschliessen muss. Bei grösseren Aparthotels würde dieser Umstand dann zu grossen Unzulänglichkeiten führen, wenn zwischen den Partnern ganz unterschiedliche, voneinander mehr oder weniger stark abweichende Einzelverträge abgeschlossen werden müssten. Eine solche Lösung ist aber in der Praxis nicht durchführbar, da der Verwaltungsaufwand unvertretbare Ausmasse erreichen würde. Die Bewilligungsbehörde des Kantons Graubünden ist daher dazu übergegangen, in ein und derselben Ueberbauung höchstens zwei unterschiedliche Verträge zu empfehlen. Diese praxisbezogene und vernünftige Lösung ist grundsätzlich zu begrüessen; ob sie sich allenfalls im Falle einer gerichtlichen Austragung durchsetzen liesse, muss aber füglich bezweifelt werden.

5.5. Uneinigkeit zwischen den Vertragsparteien über den Vertragsinhalt

Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen sei erwähnt, dass das Recht der Bewirtschaftung nicht explizit dem Bewirtschafter zusteht, der auch Eigentümer der zur Bewirtschaftung erstellten Lokaltäten ist. Wohl besteht ein Bewirtschaftungszwang; in der Wahl des Bewirtschaftungspartners sind aber die Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Einheit grundsätzlich frei. Diese Feststellung gilt jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die baulichen Anlagen für die Bewirtschaftung durch einen Dritten geeignet sind, dass solche geschaffen werden können oder aber zweckmässige Lokaltäten sich in der Nähe befinden.

Vor Einführung des BewG wäre etwa auch denkbar gewesen, dass die bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeigentümer selbst die Lokalitäten, die zur Bewirtschaftung erforderlich sind, erwerben konnten, um die Auflage zu erfüllen. Für Aparthotels, die nach 1985 erstellt oder erneuert werden, müsste eine solche Lösung ausgeschlossen werden, da ja dem Betriebsinhaber 51 % der Wertquoten zu Eigentum gehören müssen. Trotz der vom Bundesgericht entwickelten geltungszeitlichen Grundsätze, wonach der Anwendung des neuen Rechts dann nichts entgegensteht, wenn Rechtsverhältnisse noch andauern, müsste unseres Erachtens gleichwohl für Aparthotels, die vor 1985 errichtet wurden, die nachfolgenden Lösungen zulässig sein, da im Art. 10 BewG klar und eindeutig von "neuen" oder "zu erneuernden" Hotels die Rede ist. Bei der Erfüllung einer Auflage geht es nicht darum, der Qualifikation als neues oder zu erneuerndes Aparthotel nach dem Beteiligungsverhältnis zu genügen, da diese in der Regel vor 1985 nicht erfüllt war.

5.5.1. Bewirtschaftung durch eine andere Hotelanlage

Es ist durchaus denkbar und im Kanton Graubünden auch bereits praktiziert worden, die Bewirtschaftung von einem Nachbarhotel vornehmen zu lassen. Sowohl Auflage als auch Reglement werden davon nicht berührt. Dem bisherigen Bewirtschafter stehen keine Rechtsbehelfe offen, um erfolgreich gegen eine solche Lösung vorzugehen.

Im Tourismusland Schweiz muss aber eine solche Regelung die Ausnahme bleiben, da grundsätzliche Pfeiler der Hotellerie - Service, Infrastruktur, etc. - in Frage gestellt werden.

5.5.2. "Selbstbewirtschaftung" durch die Stockwerkeigentümer

Denkbar ist auch, dass im Falle einer nicht erzielbaren Einigung die Bewirtschaftungspflichtigen nach Mitteln und Wegen suchen, ihre Einheit selbst hotelmässig zu bewirtschaften. Einer solchen Lösung stünde sachenrechtlich das Hindernis entgegen, dass die Stockwerkeigentümer zum Erwerb von entsprechenden Lokalitäten der Bewilligung bedürfen.

Geht es bei der hier zur Diskussion stehenden touristischen Anlage nicht um einen kleineren Einzelbetrieb, sondern etwa um ein Feriendorf, das auch für sich allein einer Betriebsgesellschaft eine ausreichende Existenz bieten könnte, wäre zu prüfen, ob beim Erwerb nicht von einer Betriebsstätte im Sinne von Art. 8 BewG ausgegangen werden könnte. Eine "Betriebsstätte" ist bereits dann anzunehmen, wenn eine "Unternehmung an einem Ort ständige körperliche Anlagen oder Einrichtungen besitzt, mittels deren sich ein qualitativ wesentlicher Teil ihres Betriebes vollzieht" (BGE 106 I b 290). Nach Art. 3 BewV gilt aber der Erwerb nur als solcher für eine Betriebsstätte, "wenn der Erwerber den Betrieb auch tatsächlich leitet; die tatsächliche Leitung setzt eine entsprechende Stellung des Erwerbers in Verwaltung oder Geschäftsführung und seine überwiegende Tätigkeit in der Branche voraus" (Art. 3 BewV). In Abs. 2 wird die Voraussetzung umschrieben, unter welcher eine massgebliche Beteiligung bewilligt werden könnte.

Dem Erwerb einer entsprechenden Parzelle oder Liegenschaft als Betriebsstätte durch die Stockwerkeigentümer stünde grundsätzlich nichts entgegen, da die Erwerber - die Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft oder allenfalls ein zu wählender Ausschuss - die Verwaltung innehaben und die ei-

gentliche Bewirtschaftungstätigkeit an einen angestellten Geschäftsführer delegieren können. Die Tätigkeit der Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft als Eigentümerin der Betriebsstätte beschränkt sich im wesentlichen ja auf die Verwaltung und das Management eines Bewirtschaftungsbetriebes. Vorbehalten bleiben natürlich die Erfüllung kantonalen oder kommunalen wirtschaftspolizeilicher Bestimmungen. Diese Bewirtschaftungsgesellschaft ihrerseits würde sodann mit den einzelnen Stockwerkeigentümern einen Bewirtschaftungsvertrag abschliessen.

Nicht im Einklang mit dem Gesetz dürfte etwa der Erwerb einzelner bewirtschaftungspflichtiger Stockwerkeinheiten durch die aus ausländischen Stockwerkeigentümern bestehenden Gemeinschaft in einem Hotelbetrieb stehen, um diese Lokaltäten dann zu Bewirtschaftungsräumen auszubauen. Die Behörde müsste zunächst die Auflage der Bewirtschaftungspflicht dieser Räumlichkeiten - regelmässig Stockwerkeinheiten - aufheben. Könnte die Behörde aufgrund besonderer Umstände unter Berufung auf zwingende Gründe einem solchen Begehren entsprechen, müsste sie sicherstellen, dass diese Stockwerkeinheiten später nicht zweckentfremdet werden.

Nach unserer Auffassung problemlos wäre hingegen der Erwerb von solchen bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten innerhalb einer bestehenden Ueberbauung durch eine nicht der Bewilligungspflicht unterstellte Person, um diese dann zu Bewirtschaftungsräumen auszubauen, da die Bewilligungsbehörde gegenüber dieser Person kein gesetzlich verankertes Recht hat, Auflagen zu verfügen.

Einige Aparthotels wurden in den 70er Jahren sogar bewilligt, ohne dass der Bewirtschafter auch nur eine Stockwerkeinheit besass. Sämtliche Betriebsräume, wie Küche, Restauration, Aufenthaltsraum, Réception wurden dem ge-

meinschaftlichen Eigentum der Stockwerkeigentümergeinschaft zugewiesen. Diese Modelle hatten den unbestrittenen und praktischen Vorteil, dass in Konfliktsituationen ohne sachenrechtliche oder betriebswirtschaftliche Probleme der Vertrag zwischen Bewirtschafter und Bewirtschafteten aufgelöst werden konnte; dem Grundgedanken des Gesetzgebers bei der Schaffung der Aparthotelformel wurde eine solche Konstruktion wohl nicht voll gerecht, da der Bewirtschafter sich vom Arbeitnehmer in letzter Konsequenz nicht mehr stark unterscheidet. Diese früher mögliche Konzeption - die nach dem BewG heute ausgeschlossen ist - kann aber als Indiz dafür dienen, dass bei einer weitherzigen Auslegung der Qualifikation "Betriebsstätte" eine Selbstbewirtschaftung, wie sie weiter oben vertreten wurde, durchaus als zulässig zu betrachten ist.

6. Schlussfolgerung

Diese wenigen Anwendungsbeispiele zeigen, dass der Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit nicht ohne weiteres auf Gedeih und Verderb dem Willen des Bewirtschafters ausgeliefert ist, wie gemeinhin in der Praxis angenommen wird. Allerdings vermögen die kurz skizzierten Lösungsmodelle für Konfliktsituationen nicht zu befriedigen; einerseits setzen sie doch von der Zweckbestimmung des Gesetzes nicht gewünschte Initiativen der Stockwerkeigentümer voraus, andererseits aber erweisen sie sich je nach Anlage und Eigenheiten des betreffenden Betriebes als nicht praktikabel. Mit einer Generalklausel für Ausnahmesituationen könnte der Vollzugsbehörde die Kompetenz erteilt werden, durch eine entsprechende Verfügung den Besonderheiten eines jeden Betriebes gerecht zu werden. Eine solche Handhabe würde aber wiederum eine einheitliche Gesetzesanwendung auf dem Gebiet der ganzen Eidgenossenschaft in Frage stellen.

XIX. Würdigung der Aparthotel-Formel

1. Wenig durchdachte Interdependenz zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht

Die Vertragsfreiheit besteht grundsätzlich darin, einen Vertrag abzuschliessen bei freier Wahl der Vertragspartei sowie mit einem in den Schranken unserer Rechtsordnung zulässigen Vertragsinhalt. Damit verbunden ist auch das Recht, den Vertrag zu ändern.

Die Bewirtschaftungspflicht führt demgegenüber letztlich zu einem Kontrahierungszwang, und - je nach Art der Hotelanlage, in der sich die bewirtschaftungspflichtige Stockwerkeinheit befindet, - sogar zu einem Zwang in der Wahl der Vertragspartei. Ein weiterer Zwang besteht sodann darin, dass dieser Vertrag staatlich bzw. von einer Amtsstelle zu genehmigen ist und dass es nicht im Belieben der Parteien steht, ihn aufzuheben.

Der Gesetzgeber kann in jenen Fällen, in denen es das Gemeinwohl verlangt, die Privatautonomie zum Schutz des Schwächeren oder im öffentlichen Interesse einschränken.

Der Schutz des Schwächeren bedeutet, dass es in bestimmten Fällen (z.B. Arbeitsrecht, Abzahlungsverträge, Ungültigkeit von Vereinbarungen über Zinseszinsen) Aufgabe des Gesetzgebers ist, durch Erlass zwingender Normen die Privatautonomie dergestalt zu beschränken, dass der wirtschaftlich, verhandlungstaktisch und psychologisch schwächere Vertragspartner vor inakzeptabel unvorteilhaften Abmachungen geschützt wird.

Zum andern sind aber auch vom Öffentlichen Recht her Beschränkungen zu beobachten - abgesehen von Recht und Sitte wider-

sprechenden Verträgen -, wie beispielsweise die zusätzlichen Wirtschaftsgesetze während des Zweiten Weltkrieges. Unbestritten ist wiederum, dass der Staat in seiner Entwicklung zum Wohlfahrtsstaat generell einschränkend in die Privatautonomie - zu der die Vertragsfreiheit gehört - eingreift.

Das Prinzip der Privatautonomie führt aber letztlich zur Vertragsfreiheit. Dieses Prinzip bezieht sich zunächst auf das Verhältnis des Privaten zum Staat, und nicht auf die Beziehungen unter den Parteien. Demnach kann vielleicht faktisch, aber nicht rechtlich ein Kontrahierungszwang mit einer bestimmten Vertragspartei bestehen. Konsequenterweise muss die Nichterfüllung der Auflage der Bewirtschaftungspflicht, unabhängig von wirtschaftlichen Momenten und insbesondere des Bestehens eines Vertrags, zum Widerruf der Bewilligung führen, sofern die Auflage der Bewilligungspflicht vielleicht in einer anderen, der Bewilligungsbehörde ebenfalls genehmen Form nicht mehr erfüllt wird.

Die Auffassung, wonach Beschränkungen der Privatautonomie zum Schutze des Systems beispielsweise auch mit der Handels- und Gewerbefreiheit im Einklang stehen, wird denn auch mehrheitlich in der Lehre vertreten ⁴⁹. Das Interesse des Staates an einer sinnvollen Lenkung oder zumindest das Interesse an einer gesunden Entwicklung der Bodenpolitik besteht unbestrittenermassen.

Der Vertrag des einzelnen bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeigentümers mit einem bestimmten Vertragspartner und zu ihm aufgezwungenen Bedingungen - wegen des Bewirtschaftungszwanges - kann jedoch im Einzelfall äusserst stossend sein. Ein gerechter Ausgleich kann nur über den Zivilrichter erfol-

49 Für viele: Fleiner / Giacometti, S. 88 / 286 / 292

gen, wobei die gegenseitigen Interessen gegeneinander abgewogen werden müssen. In der Regel wird man nicht um entsprechenden Fachgutachten herkommen. An sich erfüllungswilligen Vertragsparteien, die sich in einigen Punkten des Vertrages - in der Regel wird es sich um Eigennutzung oder Entgelt handeln - nicht einigen können, wird wohl nichts anderes übrig bleiben, als sich dem richterlichen Verdikt zu unterziehen. Dieses Ergebnis ist indessen nicht befriedigend, weil es in der Regel nicht um die Erfüllung einer im öffentlichen Interesse erlassenen Auflage geht, sondern einzig und allein um die Frage der privatrechtlichen Gestaltung. Sollte dann aufgrund eines Fachgutachtens tatsächlich der einen oder andern Partei die Erfüllung der Bewirtschaftungspflicht nicht mehr zugemutet werden können, müsste dies aufgrund einer objektivierten Betrachtungsweise dazu führen, dass unter Umständen sogar die Auflage der Bewirtschaftungspflicht widerrufen werden muss, ohne dass eine solche Verfügung mit Rechtsnachteilen irgendwelcher Art für den Eigentümer einer bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheit verbunden wäre.

2. Zweckmässigkeit einer positivrechtlich eingehenderen Regelung?

In Anbetracht der vielen ungelösten Probleme stellt sich grundsätzlich die Frage nach einer eingehenderen gesetzlichen Regelung. Auf den Angebotsüberhang an bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten wurde indessen bereits hingewiesen. Im Kanton Graubünden stehen zur Zeit über 600 Wohneinheiten in Aparthotels für den Verkauf an Personen im Ausland zur Verfügung. Eine Nachfrage besteht praktisch nicht mehr. Die Gründe hierfür wurden ebenfalls im wesentlichen dargelegt. Das Angebot dürfte sich im Gegenteil in den nächsten Jahren noch erhöhen, und zwar im Lichte des Härtefalls und der etwa im Kanton Grau-

bünden bestehenden Regelung für sogenannte Zweithandwohnungen. Abgesehen von der geringeren wirtschaftlichen Bedeutung für die Zukunft, die wohl dazu führen wird, dass keine weiteren Betriebe nach diesem Konzept entstehen, gilt es zu beachten, dass jede neue gesetzliche Regelung auf vorbestandene Rechte Rücksicht nehmen muss. Jede gesetzliche Konfliktregelung hätte aber zweifelsohne die Schwächung der Position der einen oder andern Vertragspartei in privatrechtlicher Hinsicht zur Folge. Der Rechtsprechung kommt daher die Pflicht zu, sich zu grundsätzlichen, vom Gesetz nicht beantworteten Fragen in Zusammenhang mit der Bewirtschaftungspflicht klar zu äussern. Befriedigen kann in jedem Fall weder die heutige Regelung noch die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit.

In Zusammenhang mit dem Vollzug der leges wurde bereits auf das Spannungsfeld Verwaltungsrecht / Zivilrecht verwiesen ⁵⁰. Die sich daraus ergebenden Unzulänglichkeiten treten nun ganz besonders im hier kurz beleuchteten Problemkreis Aparthotel zutage. Es erscheint daher angezeigt, wenn nicht nur die Rechtsprechung sich im Einzelfall mit der Problematik befasst. Die im allgemeinen wachsende Ueberschneidung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Normen zur Regelung einzelner Materien lassen vielmehr eine auch von der Lehre generell vorzunehmende, sachgerechte, dogmatisch und systematisch durchdachte Zuordnung für geboten erscheinen. Eine klar bestehende wissenschaftliche Grundlage würde auch zweifellos die Aufgabe des mehr und mehr überforderten Gesetzgebers - die Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland ist ein Beweis dafür - erleichtern.

⁵⁰ Kap. 2, Ziff. 2

XX. Time-sharing und Ferienrechte

1. Zweckmässigkeit einer neuen Formel für Ferienwohnungen

Die in diesem Kapitel behandelte Aparthotel-Formel wird bisweilen in der Praxis - unseres Erachtens nicht zu Unrecht - als gesetzgeberischer Reinfall erster Ordnung bezeichnet. Bekanntlich sind auch Ferienwohnungen traditioneller Art - d.h. ohne Bewirtschaftungszwang - in Unterhalt und Amortisation alles andere als kostengünstig. Neben Stockwerkeigentumsbeiträgen sind die stetig wachsenden öffentlichen Abgaben zu berücksichtigen. Tritt dann neben diesen Schattenseiten des Eigentums noch die mit dem Bewirtschaftungszwang verbundene, einschneidende Eigentumsbeschränkung - und um eine solche handelt es sich zweifelsohne bei der Bewirtschaftungspflicht - hinzu, so verwundert es nicht weiter, wenn die Regelung über Aparthotels im BewG auch als "Totgeburt" ⁵¹ bezeichnet wird.

Aber auch für den Hotelier hat diese Formel, wie teilweise bereits dargelegt wurde, in den meisten Fällen nur wenig Vorteile gebracht. Wohl ermöglichte der Verkauf der bewirtschaftungspflichtigen Stockwerkeinheiten an Personen im Ausland den Ausbau des Betriebes, ohne dass sich der Hotelier in nicht zu verantwortender Weise verschulden musste; diese Finanzierung musste sich aber der Bewirtschafter durch eine Beteiligung der Bewirtschafteten am Logementertrag erkaufen unter gleichzeitiger Aufgabe von Eigentumsrechten. Unbestritten dürfte auch sein, dass diese Aparthotel-Formel nur in den wenigsten Fällen zu einer Erneuerung von Bausubstanz oder zur Schaffung besserer Vorgaben zwecks Erhaltung oder gar Steigerung der Konkurrenzfähigkeit beigetragen hat. Durch die mit der Herstellung

⁵¹ Mühlebach / Geissmann, N. 16 Art. 10

von Aparthotels verbundene Spekulation der sogenannten Promotoren hat dies vielmehr dazu geführt, dass der traditionellen Hotellerie zusätzliche Konkurrenz - die äusserst selten zu einer Erhöhung der Qualität geführt hat - entstanden ist.

Aus der Sicht des potentiellen Feriengastes hat zudem in den letzten Jahren die sinnvolle Ferien- und Freizeitgestaltung das Gefühl von Sicherheit, das Grundeigentum in der Schweiz in Krisen- und Kriegszeit vermittelte, etwas in den Hintergrund gedrängt. In anderen Ländern, wie etwa in den Vereinigten Staaten von Amerika und vermehrt auch in Frankreich werden seit Jahren Modelle realisiert und - zumindest teilweise - erfolgreich betrieben, die aber in der Schweiz aus den nachfolgend noch kurz darzulegenden Gründen nicht Fuss fassen konnten. Es stellt sich die Frage, ob de lege ferenda nicht etwa solche Modelle an die Stelle der Aparthotels treten könnten. Zum einen tragen diese Konstruktionen der Nutzungsintensität durch den Feriengast besser Rechnung, zum andern reicht aber auch etwa eine Stockwerkeinheit allein für eine Vielzahl von Personen aus, da diese zu unterschiedlichen Zeiten ihre Ferien verbringen. In letzter Konsequenz könnte - besteht überhaupt noch ein Bedarf nach entsprechenden Ueberbauungen - ein solches Konzept dazu beitragen, dass durch diese Nutzungsintensivierung weniger wertvolles, unersetzbares Kulturland geopfert werden müsste. Diese Frage ist aber im Rahmen einer grundsätzlichen Standortbestimmung des Tourismuslandes Schweiz zu beantworten - eine Standortbestimmung, die nicht Gegenstand dieser Arbeit ist und deshalb den Rahmen des gesetzten Themas sprengen würde. An dieser Stelle kann es nur darum gehen, Alternativen aufzuzeigen; angesichts der negativen Erfahrungen mit den Aparthotels wird man aber nicht darum herumkommen, nur noch weitestgehend durchdachte Modelle zu schaffen. Dabei dürften die im Ausland gemachten Erfahrungen gewiss wertvoll sein.

2. Das Time-sharing-Modell

In Frankreich ist Time-sharing in der Form des Eigentums und - ebenso wie in den USA - der langfristigen Miete bekannt.

2.1. Time-sharing in der Form des Eigentums

Beim Erwerb des Teilzeiteigentums wird eine zu bestimmende Zahl von Personen als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen unter gleichzeitiger Berücksichtigung des Zeitraumes, in dem die entsprechenden Stockwerkeinheit dem einzelnen Eigentümer zur Verfügung steht. In Frankreich wird diese Form als "multi-propriété" bezeichnet.

In der Schweiz ist angesichts des *numerus clausus* von dinglichen Rechten die Eintragung von solchen Teilzeitrechten nicht möglich⁵². Denkbar hingegen ist selbstverständlich Miteigentum im Sinne von Art. 646 ff. ZGB mehrerer Personen an einer Stockwerkeinheit, wobei diesen dann unbenommen ist, obligatorisch eine ihren Bedürfnissen entsprechende Nutzung in einem Vertrag vorzusehen. In Anbetracht der Tatsache, dass der Anmerkung Publizitäts- aber keine dingliche Wirkung zukommt, kann eine grundbuchliche Berücksichtigung als Anmerkung erfolgen. Um in einer Ueberbauung gesamthaft Anwendung zu finden, kann die obligatorische Vereinbarung auch in Form des Stockwerkeigentümer-Reglementes abgeschlossen werden.

Wird die - rechtlich einzig mögliche - Form des Miteigentums gewählt, so untersteht jeder Erwerber eines solchen Ferienrechtes mit dinglicher Absicherung der Bewilligungspflicht,

⁵² Vgl. zur Typengebundenheit Meier-Hayoz, 28 - 31, 103 - 107, sowie die Ausführungen bei Reize, S. 30

wie sich klar aus Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG ergibt. Der Erwerb weiterer Rechte dieser Art sind ihm aber in der Schweiz wegen des in Art. 12 lit. d BewG statuierten zwingenden Verweigerungsgrundes verwehrt. Beansprucht wird hingegen nur eine Kontingentseinheit, da sich die Zahl der Kontingente nicht auf Personen, sondern auf Objekte bezieht, wie sich dies bereits aus dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 BewV ergibt 53.

2.2. Time-sharing als langfristige Miete

Bei dieser Formel geht es im wesentlichen darum, einem Erwerber von Ferien-Nutzungsrechten aufgrund eines obligatorischen Vertrages eine langfristige Nutzung zu ermöglichen. Diese Konstruktion ist insbesondere in den USA, aber auch in Frankreich (multi-location) bekannt.

Eigentum wird dabei nicht erworben. Der Unterschied zum gewöhnlichen Mietvertrag besteht allerdings darin, dass der Mietzins für längere Zeiträume von beispielsweise 10, 20 oder gar 30 Jahren im voraus entrichtet wird. Auf diese Weise kann der Ersteller in der Regel die Erstellung finanzieren, ohne auf Fremdkapital etwa in der Form von Hypotheken angewiesen zu sein. In der Mietzinskalkulation sind bei betriebswirtschaftlich korrekter Rechnung auch Amortisation, Instandstellungsbedarf etc. zu berücksichtigen, um langfristig den Substanzerhalt zu gewährleisten.

Zu prüfen ist, wie weit sich diese Konstruktion mit dem BewG verträgt, insbesondere auch dann, wenn eine Vormerkung im Grundbuch vorgesehen wird. Nach Art. 4 lit. g BewG gilt als

Erwerb eines Grundstückes der Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstückes verschaffen. In der BewV werden diese "anderen Rechte" nicht abschliessend umschrieben. Art. 1 Abs. 2 lit. a BewV sieht aber ausdrücklich die langfristige Miete als Bewilligungsgrund vor, wenn der Vermieter dadurch in eine besondere Abhängigkeit des Mieters gerät. Von einer ähnlichen Abhängigkeit ist nach lit. b dann auszugehen, wenn Kauf, Ueberbauung oder Finanzierung durch den Einsatz von ausländischem Kapital vorgenommen wird.

Die in Frankreich und den USA bekannten Time-sharing-Modelle unterliegen, angewandt auf Grundstücke in unserem Land, allesamt der Bewilligungspflicht. Fest steht, dass der Vermieter in einer besonderen Abhängigkeit des Mieters gerät, da der Time-sharing-Vertrag für Jahrzehnte abgeschlossen werden muss. Ausserdem werden die Ferienrechte in der Regel durch eine einmalige Zahlung abgegolten, und zwar für die gesamte Mietdauer. In der Bilanz der betreffenden Time-sharing-Vertriebsgesellschaft sind diese Positionen als Passiven aufgeführt, denen der Charakter von Darlehen nicht abgesprochen werden kann. Erst recht wird diese Abhängigkeit dann dokumentiert, wenn durch eine Vormerkung der langfristigen Miete auch eine sachenrechtliche Komponente geschaffen wird ⁵⁴. Daraus erhellt, dass das herkömmliche Time-sharing-Konzept sich insbesondere in Feriengebieten unseres Landes, die in der Regel starken Restriktionen oder gar der sogenannten Nullquote unterworfen sind, nicht anwenden lässt.

In der Schweiz wurde gleichwohl versucht, eine dem Time-sharing-Modell nachgebildete Konstruktion zu schaffen ⁵⁵.

⁵⁴ Vgl. zum Time-sharing-Konzept auch Reize, S. 30 ff.

⁵⁵ So etwa die Allod-Ferienclub AG, Zürich

Dabei mussten aber die Promotoren über ausreichende Mittel verfügen und den Beweis antreten, dass die Ferienobjekte nicht mit den Vorauszahlungen des Mieters finanziert wurden. Dingliche Sicherheiten werden ebenfalls nicht geboten. Regelmässig lauten die Ferienrechte auch nicht auf ein bestimmtes Objekt in einem Ferienort, sondern auf einen Wohnungstyp. Eine Absicherung der Vorauszahlungen kann gleichwohl erfolgen, und zwar etwa über Bankgarantien oder dergleichen.

3. Time-sharing als alternative Finanzierungsformel zu Aparthotels?

Unbestritten ist, dass die traditionelle Hotellerie wegen ihrer notorischen Kapitalintensität insbesondere auch in Zukunft auf alternative Finanzierungsformen oder gar ausgedehnteren Investitionshilfen, als sie heute geboten werden, angewiesen sein dürfte. Insbesondere der Kapitalbedarf führt aber dazu, dass das Time-sharing-Konzept nicht als taugliches Mittel zur Finanzierung betrachtet werden kann, muss doch - um nicht der Bewilligungspflicht zu unterliegen - der Hotelier unter anderem auch die finanzielle Unabhängigkeit nachweisen.

In jedem Fall müsste - um mit dem Time-sharing-Konzept das angestrebte Ziel der Mittelzuführung an die Hotellerie zu gewährleisten - eine neue positivrechtliche Regelung vorgesehen werden. Denkbar wäre etwa, dass Teile eines traditionellen Hotelbetriebs nach dem Time-sharing-Konzept, die verbleibenden in der herkömmlichen Form der Hotellerie betrieben würden. Verantworten liesse sich aber eine positivrechtliche Regelung nur dann - darauf wurde bereits verwiesen - wenn alle Aspekte, seien sie nun betriebswirtschaftlicher, volkswirtschaftlicher, rechtlicher oder gar ökologischer Natur durchdacht und zielgerecht berücksichtigt werden können.

T H E S E N

1. THESEN ZUM ERSTEN KAPITEL

- 1.1. Eine dauerhafte Beschränkung des Erwerbs von Grundstücken durch Personen im Ausland ist zweifelsohne geboten.
- 1.2. Wir haben festgestellt, dass der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland eine nicht unbedeutende Rolle im Rahmen der eidgenössischen Bodenpolitik zukommt. Eine einwandfreie Verfassungsgrundlage ist daher wünschbar, ja geradezu geboten.
- 1.3. Eine entsprechende Verfassungsbestimmung würde wohl auch eine eindeutigere Zuordnung der Materie erleichtern, was de lege ferenda eine Vereinfachung des Verfahrens erlauben würde.

2. THESEN ZUM ZWEITEN KAPITEL

- 2.1. Die Praxis hat gezeigt, dass die Zersplitterung der Sanktionen in den drei Verfahren Verwaltungsrecht, Zivilrecht und Strafrecht äusserst zeitraubend und durch nichts zu begründen ist. Auch im Verwaltungsrecht allein können die Parteirechte weitestgehend berücksichtigt werden. Nicht zuletzt aus der heutigen Regelung ergibt sich das im zweiten Kapitel nachgewiesene Vollzugsdefizit.

Eine Zuordnung zum öffentlichen Recht ist unseres Erachtens nicht nur der Durchsetzung des Gesetzes förderlich, sondern

führt letztlich zu mehr Transparenz und trägt zweifelsohne zur Rechtssicherheit bei. Das BewG sollte de lege ferenda zu einem reinen Verwaltungsverfahren mit ausgebautem Rechtsschutz gestaltet werden. Im Interesse der Rechtssicherheit sollten ausserdem nachvollziehbare Uebergangsbestimmungen geschaffen werden.

2.2. Um Umgehungsgeschäfte zu verhindern, sind de lege ferenda nur noch Namenaktien bei reinen Immobilienaktiengesellschaften zuzulassen. Das Prüfungsrecht der Behörde ist im heutigen Umfang beizubehalten, darf aber in keinem Fall weiter ausgebaut werden, damit das freiheitliche System unseres Landes keine Beeinträchtigung über Gebühr in Kauf nehmen muss.

2.3. Das Kontrollinstrumentarium im BewG ist ausreichend. Damit aber sogenannte Promotoren oder Spekulanten bei Gesetzesumgehungen innert nützlicher Frist erfasst werden können, muss von den Vollzugsbehörden eine grössere Disziplinierung in der Wahrnehmung ihrer Ueberwachungsfunktion verlangt werden. Auf diese Weise lassen sich auch sich später politisch und volkswirtschaftlich schädlich auswirkende Skandale in einem Frühstadium erfassen. Dies trägt zur Glaubwürdigkeit des Gesetzes und letztlich der Institutionen bei.

3. THESEN ZUM DRITTEN KAPITEL

3.1. Wünschbar ist, dass das Bundesgericht bei der ersten sich bietenden Gelegenheit auf seine Rechtsprechung zum Art. 57 Abs. 3 ZGB im Lichte der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland zurückkommt und der in der Lehre zurecht mehrheitlich geäusserten Kritik Rechnung trägt.

3.2. Unseres Erachtens sind die Versäumnisse der rechtsanwendenden Behörden in der Verfolgung von Umgehungen eindeutig erwiesen. Für das offensichtliche Vollzugsdefizit tragen die staatlichen Institutionen ein gerüttelt Mass an Mitverantwortung. Es ist danach zu trachten, den Betroffenen bei Jahre oder sogar Jahrzehnte zurückliegenden Verstössen in der Form einer Amnestie auf Bundesebene oder aber durch die Bereitstellung von Spezialkontingenten die Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes zu ermöglichen.

4. THESEN ZUM VIERTEN KAPITEL

4.1. Der traditionellen Hotellerie wurde mit der Schaffung der Aparthotelformel kein guter Dienst erwiesen. Das gesteckte Ziel, mit diesen Bestimmungen den durch eigene Erträge nicht verkraftbaren Kapitalbedarf auszugleichen, damit die Betriebe durch gezielte Investitionen den heutigen Bedürfnissen angepasst werden können, wurde nicht erreicht. Andere Konzepte - wie etwa Time-sharing - konnten sich bis heute in der Praxis nicht durchsetzen.

4.2. Die weitgehende Aushöhlung des Eigentums durch die Auflage der Bewirtschaftungspflicht berechtigt zur These, ob es betriebswirtschaftlich nicht sinnvoller wäre, das ausländische Stockwerkeigentum in einem Aparthotel in eine reine Kapitalbeteiligung am Betrieb umzuwandeln, vielleicht unter gleichzeitiger Einräumung gewisser Nutzungsvorteile und Absicherung für die Beteiligten. Diese Lösung hätte zweifelsohne für den Hotelier den Vorteil, dass die Ertragskraft des Betriebes gesteigert und die Gewinne zumindest teilweise zum Wohle der Unternehmung wiederum reinvestiert werden könnten. Der neue "Aktionär" könnte auch leichter seine Beteiligung auf dem Markt veräussern. Einer unerwünschten Fremdbestim-

mung kann etwa mit der Schaffung von Stimmrechtsaktien, Partizipationsscheinen, partiarischem Darlehen oder dgl. begegnet werden. Das BewG könnte ohne Probleme entsprechend revidiert werden.

4.3. Die schweizerische Hotellerie sieht sich wachsender Konkurrenz im In- besonders aber auch im Ausland ausgesetzt. Die statistisch feststellbaren Frequenzsteigerungen im Tourismus können nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der Hotelier einem immer schwieriger werdenden Umfeld für seine Tätigkeit ausgesetzt sieht. Das Tourismusland Schweiz hat sich der Herausforderung zu stellen. Innovative Kräfte des freien Unternehmertums reichen indessen unseres Erachtens nicht aus; gewisse staatliche Konzessionen - ohne Präjudiz für den wirtschaftlichen Liberalismus - sind unerlässlich:

- a) Die Besteuerung von Hotelbetrieben ist den tatsächlichen Bedürfnissen der Branche anzupassen (Privilegierung von Investitionen etc.).
- b) Der Kreditbedarf ist durch vermehrten Einsatz von äusserst zinsgünstigen Krediten zu decken (SGH-Kredite, Innovationskredite des Bundes etc.).
- c) Die Zulassung ausländischer Arbeitskräfte ist den wirtschaftlichen Realitäten anzupassen unter gleichzeitiger Förderung der Ausbildung inländischer Hotelangestellter.

Für jene Saisoniers, die nur ein paar wenige Jahre in unserem Land tätig sind, erscheint es wenig sinnvoll, neben der absolut notwendigen Kranken- und Unfallversicherung auch die übrigen Sozialbeiträge wie etwa AHV/IV, BVG etc. zu erheben. Ein ausreichender Versicherungsschutz - etwa

für die Hinterlassenen - könnte zweifelsohne auch getrennt und zielgerecht vorgesehen werden.

Das Bewilligungsgesetz verfolgt schon von seiner Zweckbestimmung her nicht das Ziel, die Hotellerie zu fördern. Sinnvoller erscheint daher, branchenspezifische Lösungen zu schaffen, um die Strukturprobleme der Hotellerie zu lösen.

ANHANG: Muster eines Bewirtschaftungsvertrages

M I E T V E R T R A G

Zwischen den Eigentümern von Stockwerkeigentumswohnungen in
der Ueberbauung ..., Parz. ..., in .../Schweiz, unter welchen
der/die Unterzeichnete(n)

Herr ..., vertreten durch ...

und

nachstehend "Vermieter" genannt

und der Bewirtschafterin

..., Inhaber ...

nachstehend "Mieterin" genannt

wird folgender Mietvertrag abgeschlossen:

Artikel 1

Gesetzliche Grundlage

1.1. Der Grunderwerb und das Bauvorhaben sind aufgrund des Bundesbeschlusses über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland erfolgt bzw. realisiert worden. Grundlage und integrierender Bestandteil des vorliegenden Mietvertrages bilden demgemäss:

- a) die Grundsatzbewilligung des Grundbuchinspektorates Graubünden für den Verkauf an Ausländer vom 15. Oktober 1980
- b) die dem Vermieter erteilte Einzelbewilligung für den Grunderwerb als Eigentümer
- c) die Baubewilligung der Gemeinde ... vom ... und vom ...

1.2. Gemäss der genannten Grundsatzbewilligung des Grundbuchinspektorates Graubünden ist der Vermieter verpflichtet, seine Stockwerkeinheit unter Vorbehalt eines Eigenbenützungsrechtes dem Beherbergungsunternehmen dauernd während 150 - 250 Tagen pro Jahr für die hotelmässige Bewirtschaftung zu überlassen (Art. 4 Absatz 2 lit. o VGP i.V. mit Art. 13 Absatz 4 lit. o BewV). Da es sich um einen 2-Saisonbetrieb handelt, ist von 250 Tagen auszugehen.

Artikel 2

Mietobjekt, Bewirtschaftungspflicht

2.1. Der Vermieter vermietet der Mieterin seine Eigentumswohnung, komplett möbliert und eingerichtet, mit allen da-

zugehörigen Sonderbenützungsrchten (einschliesslich Garagen und ggf. anderen Abstellflächen) in der Ueberbauung ...

2.2. Die Mieterin verpflichtet sich zur hotelmässigen Bewirtschaftung der ... Die normalen Oeffnungszeiten der ... werden den Oeffnungszeiten des Hotels ... entsprechen. Während der Oeffnungszeit sind den ...-Gästen und -eigentümern hotelmässige Dienstleistungen zu erbringen.

2.3. Der jeweilige Eigentümer des Hotels ... ist verpflichtet, während der Oeffnungszeiten die nachfolgenden hotelmässigen Dienstleistungen zu erbringen (Minimalanforderung):

- Frühstücksservice;
- Täglicher Zimmerreinigungsdienst und mindestens wöchentlicher Wäscheservice
- Permanenter Receptionsdienst (inkl. Telefondienst).

2.4. Die Mieterin bewirtschaftet den Betrieb im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und Gefahr. Die Mieterin sorgt für eine optimale Vermietung und Belegung der einzelnen Wohnungen.

Artikel 3

Mietbeginn, Mietdauer

Der Mietvertrag tritt auf den ... 1986 in Kraft und wird für 5 1/2 Jahre fest abgeschlossen. Er kann deshalb erstmals mit eingeschriebenem Brief auf den ... unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von ... Monaten aufgelöst werden. Ohne Kündi-

gung verlängert er sich jeweils um ein weiteres Jahr, wobei für die Vertragsauflösung durch eine der Parteien auch weiterhin die x-monatige Kündigungsfrist massgebend bleibt.

Die Kündigung von Seiten der Vermieterschaft kann nur erfolgen, wenn diese aufgrund eines Beschlusses mit 2/3 Mehrheit der diesem Vertrag unterstellten Vermieter gefasst wird. Dabei sind die Mieterin und die ihr nahestehenden Firmen vom Quorum und vom Stimmrecht ausgeschlossen. Das Mietverhältnis wird aber erst zu jenem Zeitpunkt aufgelöst, da ein von der kantonalen Bewilligungsbehörde und von der Gemeinde genehmigter Mietnachfolger die Fortsetzung der hotelmässigen Bewirtschaffung gewährleistet.

Artikel 4

Mietzins

4.1. Die Vergütung an die Eigentümer in den Pool wird wie folgt festgelegt:

- a) Pro belegtes Appartement wird ein fester Preis vergütet. Dieser Einheitspreis wird vom Listenpreis gemäss Prospekt des Typs ... je nach Saisonzeit errechnet, und zwar ausgehend von der Basis

Halbpensionspreis

./. Verpflegung (Frühstück und Nachtessen)

./. Wäsche

./. Kurtaxe

./. Benützung Sportanlagen

Reiner Logementertrag

=====

Der Einheitspreis wird nach der Methode des gewichteten Durchschnittspreises errechnet, indem die jeweilige Anzahl Wohnungen und der betreffende Einzelpreis multipliziert, diese jeweiligen Ergebnisse pro Wohnungstypus zusammengerechnet und dieses Total durch die Gesamtzahl dividiert wird.

- b) Von diesem reinen Logementertrag fließen 42,5 % in den Pool, errechnet auf den Belegungspreis für 2 Personen pro Appartement.
- c) Die Vermietungspreise (= reine Logementerträge) werden jährlich vom Mieter festgelegt. Er orientiert sich jeweils nach den vorangehenden Saisons, den Konkurrenzverhältnissen und der jeweiligen wirtschaftlichen Lage.
- d) Für das Betriebsjahr 1986/87 gelten die nachfolgenden Beträge, die in den Pool fließen:

Wintersaison 1986/87

29.11.-19.12.86	
07.01.-23.01.87	Fr. ...
21.04.-26.04.87	
20.12.86-06.01.87	Fr. ...
24.01.-06.02.87	Fr. ...
14.03.-20.04.87	
07.02.-13.03.87	Fr. ...

Sommersaison 1987

<u>Perioden</u>	<u>Betrag in Pool pro belegtes Appartement</u>
27.06.-17.07.87	
15.08.-18.09.87	Fr. ...
18.07.-14.08.87	Fr. ...
19.09.-11.10.87	Fr. ...

e) Pro vermietete Küche werden 50 % vergütet. Für das Betriebsjahr 86/87 gilt als Ansatz Fr. .../Tag. Somit fliessen Fr. ... in den Pool.

f) Von den Einnahmen der Garage fliessen 50 % in den Pool. Für das erste Betriebsjahr gemäss diesem Vertrag gelten im Sommer Fr. .../Garageplatz, im Winter Fr. .../Garageplatz. Somit fliessen im Betriebsjahr 1986/87 Fr. ... bzw. Fr. ... pro belegten Garageplatz in den Pool.

4.2. Das Geschäftsjahr dauert jeweils vom 1. Juni bis zum 31. Mai. Der Bewirtschafter leistet zwei Akontozahlungen pro Jahr, und zwar über ca. 80 % des pro Saison nach einer ersten Schätzung den Eigentümern zustehenden Treffnisses, und zwar die erste bis Ende Dezember, die zweite bis Ende Juni. Bis zum 30. September legt der Mieter alsdann eine Mietzinsabrechnung vor und bis zum 31. Dezember (nachdem die Mietzinsabrechnung von der Vermieterschaft an ihrer Jahresversammlung gutgeheissen worden ist) erfolgt die Ueberweisung allfälliger Restzahlungen. Bei verspäteter Ueberweisung der geschuldeten Restzahlungen ohne Verschulden der Vermieterschaft hat diese Anspruch auf einen Verzugszins von 5 % p.a. auf die Ausstände.

Die Jahresversammlung, an der der Bewirtschafter Rechenschaft ablegt, findet jeweils ... in ... statt.

4.3. Diese Mietzinsregelung setzt folgende Lastenaufteilung zwischen den Parteien voraus:

durch Wohnungseigentümer (Vermieter) zu tragende Kosten:

- Zinsen auf dem in die Wohnungsanlage investierten Kapital einschliesslich Kapitalamortisation
- Liegenschaftssteuern sowie Ertrags- und Vermögenssteuern auf dem Vermietungsertrag bzw. auf der Wohnungsanlage
- Ersatz von Zimmermobiliar, das durch ordentlichen Gebrauch untergegangen ist, und zwar aus dem Erneuerungsfonds oder aus ausserordentlichen Beiträgen der Stockwerkeigentümer, die jährlich festgelegt werden. Zimmermobiliar ist dann zu ersetzen, wenn eine Weitervermietung des bestehenden der Güte des Hauses widersprechen würde.
- Erneuerung der jeweiligen Stockwerkeinheit und der gemeinschaftlichen Teile, sowie u.a. auch Lift, Garagetor, Aggregate etc. (Malerarbeiten, Tapezierer, Reparaturen, Revisionen etc.).
- Beiträge an den Erneuerungsfonds
- Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums (Gebäude- und Haftpflichtversicherung als Liegenschaftseigentümer) sowie Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung.

durch den Bewirtschafter (Mieter) zu tragende Kosten:

alle Kosten, die mit dem eigentlichen Betrieb und dem ordentlichen Unterhalt der Wohneinheit zusammenhängen, d.h. neben Personal, Waren, Kur- und Beherbergungstaxen für Hotelgäste, Autobetrieb, Werbung etc. insbesondere auch

- Miete der Telefonanlage sowie TV- und Radiokonzeptionsgebühren
- Elektrizität, Heizung
- Öffentliche Abgaben für Wasser und Kehricht
- Sachversicherungen (auch für gemietetes Mobiliar) sowie Personalhaftpflicht und Betriebsunterbruch-Versicherung
- ordentlicher Unterhalt von Mobiliar sowie Unterhalt und Ersatz von Kleininventar
- Schneeräumung, Umgebung etc.

4.4. Die Vermieterschaft ist berechtigt, die für die Mietzinsberechnung massgebenden Umsatzbücher auf eigene Kosten jährlich von einer anerkannten Fach-Treuhand überprüfen zu lassen, sofern dies von einer Zweidrittelsmehrheit seitens der Vermieterschaft gewünscht wird. Bei einer entsprechenden Beschlussfassung sind die Mieterin und ihr nahestehende Firmen vom Quorum und vom Stimmrecht, aber auch von einer auch nur anteilmässigen Kostentragung ausgeschlossen.

Artikel 5

Eigennutzung

5.1. Anspruch auf Eigennutzung

Der Vermieter hat während der saisonalen Öffnungszeiten Anspruch auf Eigennutzung seiner Wohneinheit, eine rechtzeitige Reservation vorausgesetzt. Dieses Recht auf Eigennutzung bei geöffnetem Betrieb wird auf vier Wochen pro Jahr festgesetzt, wobei die Eigennutzung im Winter während der Hochsaison auf zwei Wochen beschränkt wird.

Bei geschlossenem Hotelbetrieb ist der Eigentümer in der Nutzung grundsätzlich frei.

5.2. Abgeltung für Eigennutzung

Für die Zeit der Eigennutzung erfolgen - mit Ausnahme von Weihnachten / Neujahr - keine Abführungen an den Pool. Der Eigennutzer zahlt an den Bewirtschafter folgende Kostenpauschalen pro Appartement:

5.2.1. während geöffnetem Hotelbetrieb:

- Weihnacht / Neujahr	voller Tarif
- Winter- und Sommer-Hochsaison	Fr. ... / Tag
- übrige Öffnungszeiten	Fr. ... / Tag

5.2.2. während geschlossenem Betrieb: Fr. ... / Tag

5.2.3. Anpassung der Kostenpauschale

Die Kostenpauschale wird dem schweizerischen Landesindex der Konsumentenpreise unterstellt, Stand ...

1986. Verändert sich demnach der erwähnte Index um 10 Punkte, hat eine Anpassung zu erfolgen.

5.3. Dienstleistungsanspruch gemäss Kostenpauschale

In den Kostensätzen gemäss Ziff. 5.2. sind folgende Leistungen des Bewirtschafterers inbegriffen:

- Zimmerdienst durch Etagenpersonal
- Reinigung
- Garage-, Küche-, Schwimmbad- und Saunabenützung

Nicht in der Kostenpauschale enthalten ist die Kurtaxe, die jede logierende Person zu entrichten hat und deren Höhe jeweils vom Kurverein ... festgelegt wird.

Ausserhalb der saisonalen Oeffnungszeiten steht dem Vermieter die Benutzung seiner Wohneinheit ohne Anspruch auf Hoteldienstleistungen und ohne Benützung von Schwimmbad und Sauna zu; in der entsprechenden Pauschale von Fr. ... sind die Wäsche- und Schlussreinigung, Wasser, Heizung, Elektrizität etc. inbegriffen.

Aus Kostengründen wird bei geschlossenem Betrieb die Heizung auf ein Minimum eingestellt. Zur Beheizung seiner Einheit erhält der Stockwerkeigentümer vom Mieter einen Elektroofen zur Verfügung gestellt.

5.4. Reservationsfristen

Für Eigennutzung sind folgende Reservationsfristen einzuhalten:

5.4.1. Wintersaison

- | | |
|-------------------------|-----------------------|
| - Weihnachten / Neujahr | jeweils 15. September |
| - übrige Wintersaison | jeweils 15. Oktober |

5.4.2. Sommersaison

- | | |
|-----------------------|---------------------------|
| - Hochsaison | jeweils 15. Juni |
| - Vor- und Nachsaison | jeweils 14 Tage im voraus |

Sollte sich erweisen, dass die Reservationsfristen zu kurz bemessen sind, können die Termine in gegenseitigem Benehmen abgeändert werden.

Falls bei einer kurzfristigen Buchung im Sommer für Vor- und Nachsaison das eigene Appartement bereits belegt ist, hat der Eigentümer Anspruch auf Zuweisung eines andern Appartements, und zwar zu denselben Bedingungen wie bei Eigennutzung der eigenen Stockwerkeinheit.

Für die Hochsaison und Weihnachten / Neujahr sind jeweils Buchungen von Samstag zu Samstag vorzunehmen. In den übrigen Zeiten sind die Eigennutzer in der Wahl des Wochentages für den Urlaubsbeginn und das Urlaubsende frei.

Artikel 6

Vorzeitige Auflösung des Vertrages

Die Vermieter sind berechtigt, das Vertragsverhältnis mit der Mieterin vorzeitig aufzulösen, wenn

- die Mieterin ihren Verpflichtungen aus diesem Vertrag trotz schriftlicher Mahnung nicht nachkommt.
- die Mieterin die hotelmässige Bewirtschaftung aufgibt,
- die Mieterin die Bücher mangelhaft führt und damit die Ermittlung der richtigen Mietzins-Berechnung unmöglich macht,
- die Mieterin ihre Zahlungen einstellt oder über ihr Vermögen der Konkurs eröffnet wird oder der Konkurs mangels Masse eingestellt wird oder ein Nachlassverfahren eröffnet wird,
- die Mieterin ihren Betrieb während mehr als zwei Saisons einstellt oder der Betrieb aus Gründen, welche die Mieterin zu vertreten hat, während entsprechender Dauer behördlich geschlossen wird.

Vorbehältlich gesetzlicher Bestimmungen (OR Art. 265 ff.) oder besonderer wichtiger Gründe ist eine derartige ausserordentliche Kündigung unter Beachtung einer 6-monatigen Frist auszusprechen.

Die Kündigung kann nur erfolgen, wenn diese aufgrund eines Beschlusses mit 2/3 Mehrheit der Vermieterschaft ausgesprochen wird, und zwar unter Ausschluss der Mieterin und der ihr nahestehenden Firmen vom Quorum sowie vom Stimmrecht. Das Mietverhältnis wird aber erst zu jenem Zeitpunkt aufgelöst, da ein von der kantonalen Bewilligungsbehörde und von der Gemeinde genehmigter Mieter die Fortsetzung der hotelmässigen Bewirtschaftung gewährleistet.

Artikel 7

Die Mieterin ist verpflichtet, den Mietgegenstand mit aller Sorgfalt und Pflege zu behandeln. Die Mieterin haftet für durch sie selbst, ihre Organe, Angestellte oder Gäste verursachten Schaden.

Nach Beendigung des Mietvertrages ist der Mietgegenstand - unter Berücksichtigung des natürlichen Verschleisses - in gutem Zustand zurückzugeben. Fehlende Gegenstände und Verschlechterungen ihres Inventars, die bei ordentlicher Bewirtschaftung hätten vermieden werden können, sind den Vermietern nach dem dannzumaligen Verkehrswert zu vergüten oder durch die Mieterin zu ersetzen.

Artikel 8

Veränderung am Mietobjekt

Die Mieterin darf bauliche Veränderungen oder Neueinrichtungen an gemeinschaftlichen Teilen nur mit Zustimmung der Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft ausführen. An Räumen mit ausschliesslichem Benützungsrecht der Mieterin gemäss Begründung auf Stockwerkeigentum darf diese in eigener Kompetenz bauliche Änderungen vornehmen.

Die Vermieter dürfen Erweiterungen, Ausbesserungen oder Veränderungen nur mit schriftlicher Zustimmung der Mieterin vornehmen. Gleiches gilt bezüglich gemeinschaftlicher Teile für die Stockwerkeigentums-Gemeinschaft als solche und für deren Verwaltung.

Artikel 9

Schlussbestimmungen

Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so wird die Gültigkeit dieses Vertrages im übrigen nicht berührt. Anstelle der ungültigen Bestimmungen gelten

solche Regelungen als vereinbart, die zwischen den Parteien bei Kenntnisnahme der Ungültigkeit getroffen worden wären und dem mit den ungültigen Bestimmungen bezweckten rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolg am nächsten kommen.

Im Falle der Veräusserung des Vertragsgegenstandes verpflichtet sich jeder Vermieter, seinem Rechtsnachfolger alle Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag zu überbinden.

Als Gerichtsstand und Erfüllungsort wird ... vereinbart. Anwendbar ist schweizerisches Recht (OR Art. 275 ff.).

..., den

Der Vermieter:

Die Mieterin:

.....

.....

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Delley / Derivaz /
Mader / Morand /
Schneider Jean-Daniel Delley / Richard Derivaz /
 Luzius Mader / Charles-Albert Morand /
 Daniel Schneider, Grundstückerwerb durch
 Ausländer in der Schweiz. Res publica
 helvetica 16, Bern und Stuttgart, 1982
- Broggini, un parere Gerardo Broggini, L'illecito acquisto di im-
 mobili in Svizzera da parte di stranieri, un
 parere, Locarno, 1986
- Broggini, Gutachten Gerardo Broggini, Gutachten vom 27.05.1984,
 dem Bundesgericht im Zusammenhang mit der
 Berufung i.S. Osmo c. Kt. Graubünden vorge-
 legt
- Broggini Gerardo Broggini, Schweiz. Privatrecht, Bd.
 I, Intertemporales Privatrecht, Basel und
 Stuttgart, 1969
- Brüesch Andrea Brüesch, Das Bundesgesetz über den
 Erwerb von Grundstücken durch Personen im
 Ausland, in: Veröffentlichungen des
 Schweiz. Instituts für Verwaltungskurse an
 der Handelshochschule St. Gallen, Neue
 Reihe, Bd. 23, St. Gallen, 1986

- Bucher Eugen Bucher, OR, Allgemeiner Teil, Bern, 1979
- Druey Jean Nicolas Druey, in: Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Bd. 58 (1986)
- Egger August Egger, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, Zürich, 1930
- Fleiner / Giacometti Fritz Fleiner / Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, unveränderter Nachdruck der Uebersetzung 1949, Zürich, 1976
- Forstmoser /
Meier-Hayoz Peter Forstmoser / Arthur Meier-Hayoz, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, dritte gegenüber der zweiten unveränderte Auflage, Bern, 1983
- Forstmoser Peter Forstmoser, Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I/1, Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals, Zürich, 1981
- Friedrich Hanspeter Friedrich, Berner Kommentar zu den Einleitungsartikeln zum ZGB, Bern, 1962
- Gygi Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern, 1986
- Goldbeck / Uhde Werner Goldbeck / Werner Uhde, Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, Neuwied und Darmstadt, 1984

- Gutzwiller Max Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht, II. Band, Einleitung und Personenrecht, Verbandspersonen, Grundsätzliches, Basel und Stuttgart, 1967
- Hafter Ernst Hafter, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung Personenrecht, die juristischen Personen, Bern, 1919
- Heini Anton Heini, in: Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Bd. 58 (1986)
- Hirsch Alain Hirsch, in: Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Bd. 58 (1986)
- Huber, Erläuterungen Eugen Huber, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes, Bd. I, Bern, 1902
- Huber, 10 Vorträge Eugen Huber, 10 Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts, Bern, 1911
- Huber, SJZ Hans Huber, Die Anwendung des Bundesbeschlusses über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, in: SJZ, 60 (1964)
- Huber Hans Huber, Berner Kommentar, Einleitungsband, Kommentar zu Art. 6 ZGB, Bern, 1966

- Imboden / Rhinow Max Imboden / René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Auflage, Bd. I und II, Basel und Stuttgart, 1976
- Kälin Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern, 1984
- Kölz Alfred Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, in: ZSR NF 102 (1983)
- Leutenegger Paul B. Leutenegger, Das formelle Baurecht der Schweiz, in: Schriftenreihe 18 d, herausgegeben vom Eidgenössischen Bureau für Wohnungsbau auf Antrag der Forschungskommission Wohnungsbau, Bern, 1974
- Meier-Hayoz Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Einleitungsband, Bern, 1966
- Meier-Hayoz /
Forstmoser Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechtes, 4. überarbeitete und nachgeführte Auflage, Bern, 1981
- Nanzer Hans Nanzer, in: Schweizerische Gesellschaft für Hotelkredite, 16. Jahresbericht, 1982
- Patry Robert Patry, Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/1, Handelsrecht, Das Handelsregister, Basel und Stuttgart, 1976

- Rechsteiner Beat Rechsteiner, Beschränkungen des Grundstückerwerbs durch Ausländer, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 53, Diss. Zürich, 1985
- Riemer Hans Michael Riemer, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 3. Abteilung, Die juristischen Personen, 3. Teilband, Die Stiftungen, Bern, 1975
- Riemer, Einleitungsartikel Hans Michael Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich, 1987
- Riemer, SAG Hans-Michael Riemer, in: Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Bd. 54 (1982)
- Riemer, ZSR Hans Michael Riemer, nach einer am 09.07.1972 an der Universität Zürich gehaltenen Antrittsrede, in: ZSR, Neue Folge, Bd. 97, 1978, Bd. 119 der gesamten Folge, I. Halbband
- Scherrer Dominik Scherrer, Anmerkungen im Grundbuch unter Berücksichtigung des Bundesrechtes und des Kantonal-St. Gallischen Rechts, Diss. Freiburg, Zürich, 1984
- SGH Schweiz. Gesellschaft für Hotelkredite, Richtlinien für die Begutachtung, Zürich, 1981

- Spiro Karl Spiro, nicht publiziertes Fachgutachten vom 31.12.84 zur Frage der Zulässigkeit einer Klage nach Art. 57 Abs. 3 ZGB für Aktiengesellschaften, denen nach der Spezialgesetzgebung verjährte Tatbestände zur Last gelegt werden. Basel, 1984
- Tuor /Schnyder Peter Tuor / Bernhard Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Auflage, Zürich, 1975
- von Moos Peter von Moos, Bewilligungs- und Verweigerungsgründe in: Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Veröffentlichungen des schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Band 23, St. Gallen, 1985
- Weber Rolf H. Weber, Die Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft, in: Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser, Band 41, Zürich, 1979
- Wohlmann Herbert Wohlmann, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Handelsrecht, Die Kapitalgesellschaften, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Basel und Frankfurt am Main, 1982

LEBENS LAUF

Geboren 1950 in Samedan (GR), Bürger von Wohlen (AG). Nach Absolvierung der obligatorischen Schulzeit kaufmännische Ausbildung und Tätigkeit, dann Erwerb der Matura, Werkstudent, 1978 lic. iur., 1980 Erwerb des bündnerischen Rechtsanwalt-Patentes, 1984 Erlangung des bündnerischen Notariats-Patentes, seit 1980 bzw. 1984 frei praktizierender Anwalt und Notar in Samedan (GR), 1987 Doktorat.

